

في
مدى استعمال حقوق الزوجية
وما تتقيد به
في الشريعة الإسلامية والقانون المصري الحديث

(دراسة فى نظرية سوء استعمال الحقوق)

تأليف

السعيد مصطفى السعيد

دكتور فى القانون

وكيل النائب العمومى بنيابة الاستئناف

مع مقدمة بقلم

حضرة صاحب العزة الاستاذ أحمد ابراهيم بك

وكيل كلية الحقوق

مطبعة الاعتماد بشارع حسن الاكبر بمصر

مقـــــدمة

بقلم حضرة صاحب العزة الاستاذ الشيخ احمد ابراهيم بك

وكيل كلية الحقوق بالجامعة المصرية وأستاذ الشريعة الاسلامية بها

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلوات الله وسلامه على جميع الانبياء والمرسلين وعباد الله المخلصين المصلحين .

وبعد فهذه كلمة موجزة رأيت أن أقدم بهـــا الى رجال الفقه والقانون رسالة ولدنا الدكتور السعيد مصطفى السعيد .

١) رفع الاسلام من شأن المرأة حتى وضعها فى المكانة اللائقة بكرامتها الانسانية . وسوى بينها وبين المرء أخيها فى الأهليـة والتكاليف الشرعية ، الا فيما رفّـه فيه عنها ، رفقا بها ، وصونا لها . واختصها باحكام تلائم كونها الخلـق والخُلُـق، عدلا من الله تعالى ورحمة واحسانا ، على وفق حكمته البالغة. ووصى بها الرجل خيرا، ونهاه عن مضارتها وأن يلحق بها أى نوع من أنواع الأذى، وأنه ان اتخذها زوجا له فامساك بمعروف، والا فتسريح باحسان. واذا طلقها وأراد أن يرتجعها قبل أن تبين منه كان أحق بها أن اراد الاصلاح بارتجاعه اياها . وبيّن سبحانه ان للنساء من الحقوق على الرجال ، مثل ما للرجال عليهن من الحقوق، غير أنه جعل للرجال عليهن درجة. قال تعالى «ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف ، وللرجال عليهن درجة» وقضى سبحانه أن يكون

الرجال قوامين على النساء ، وبين سبب ذلك فقال « الرجال قوامون [١] على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض ، وبما أنفقوا من أموالهم » أى أن الرجال يتولون شؤون النساء ويوجهونهن الى ما هو الصالح والأصلح لهن ، ويقومون بتأديبهن المشروع اذا دعا الحال الى ذلك مع الاحتفاظ بمكانة المرأة المعنوية ، وعدم الهبوط بها عن مستوى الانسانية . فالرجل والمرأة كالشريكين فى شركة واحدة غير أن لأحد الشريكين النظر فى ادارة شؤون الشركة وفق مصلحتهما جميعا ، اما اذا سار كل منهما فى عمله وحده مستبدا فان الشركة تفسد ، والتفاهم يسوء والفوضى تسود والعيشة ان بقيت كانت نكدا . وهذا أمر واضح لا ينبغى أن يكون موضع خلاف أو نزاع .

٢) وانما كان للرجل القيام على المرأة لأمرين امتاز بهما : (أولهما) طبيعى ، (والثانى) شرعى . أما الأول فبرجحان عقله على عقلها ، وكثرة علمه وتجاربه وبعد نظره بالاضافة اليها ، وكذا بقوته الجسمية التى فاق عليها بها . وهذه الميزة الطبيعية هى بالنسبة لمجموع الرجال الى مجموع النساء ، والافنى أفراد النساء من تفضل بعض أفراد الرجال فى كل ذلك أو بعضه ، لكن العبرة للكثير الغالب ، ولما هو الشأن العادى لكل من النوعين على حسب التكوين الاصلى الذى لا شذوذ فيه ، فهذا هو المناط الذى تربط به الاحكام العامة . وأما الثانى فى تفضيل الرجل على المرأة بالامامة الكبرى لأنه أقدر على حمل أعبائها ، منها ، وايجاب المهر ونفقة الزوجية عليه لها ، وبغير ذلك مما روعى فيه حال كل منهما على مقتضى الحكمة والرحمة .

قال الامام فخر الدين الرازى : لما نزلت آية المواريث تكلمت النساء فى تفضيل الله الرجال عليهن فى الميراث ، فبين سبحانه وتعالى أنه انما فضل الرجال

(١) تقول العرب — قام الرجل المرأة ، وعليها ، أى مانها ، وقام بشأنها . ومصدر هذا الفعل القوم والقيام .

على النساء لأن الرجال قوامون على النساء ، فان الرجل والمرأة وان اشتركا فى استمتاع كل منهما بالآخر فان الله أمر الرجل بأن يدفع المهر الى زوجه ، ويدر عليها النفقة ، فصارت الزيادة من أحد الجانبين بالزيادة من الجانب الآخر .

٣) ونحن اذا رجعنا الى ما جاءت به النصوص الشرعية وجدناها جميعها تأمر كلا من الطرفين بأن يقوم لصاحبه بوفاء ماله من الحقوق قبله ، مع التشديد فى توصية الرجال بالنساء خيرا ، لأنهم الجانب الأقوى ، وعدم امساكهم النساء ضرارا ، معتدين عليهن ، فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ، وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته . فاذا خالف الرجال فقد أساءوا والمسيء يستحق ما يليق به من الجزاء . ولا ينبغى الاكتفاء بان يقال لهم هذا حرام ، وهذا لا يليق ، بل لابد من جزاء دنيوى عاجل يستقيم به الحال ، وقديما قيل : ما يزع الله بالسلطان اكثر مما يزع بالقرآن . وهذا هو الأمر الواقع الذى نشاهده باعيننا ، فلا سبيل الى انكاره . وانى لا أرى مانعا — بل أرى من الواجب — تقرير أجزية مدنية وعقوبات لمن أساء فى استعمال حقوق الزوجية حتى تتربى الأمة ويعرف الرجل أن المرأة ليست شيئا من الاشياء يتلهى ويستمتع بها كما يستمتع بالوردة يشمها حتى اذا قضى لبانته منها ألقى بها ، وكما يستمتع بكل متع الحياة . وليعلم الرجل أن المرأة انسان مثله تساويه فى الكرامة الانسانية . وان يربى النشء على هذا حتى يصير ذلك ملكة راسخة للجنسين فالمرأة تحس وتعلم أن لها حقوقا أدبية ومادية على الرجل تطالبه بالوفاء بها اذا شعرت منه بالتقصير فى شيء منها ، وأن وراءها من القوانين ما يحميها من اعتداء الرجال عليها وابتذالها وامتهانها كمتاع يلهو به وان وراء ذلك تربية صحيحة تكون سياجا لكل منهما ودينا يجعل كلا منهما يتقى الله فى حقوق صاحبه . ولا أطيل القول فى ذلك ، فالأمر واضح ، وحالة النساء

عندنا محزنة جدا ، وكثير من الرجال لا ايمان ولا رحمة ولا انسانية ولا عدل ولا شعور بالكرامة عندهم فى معاملة أزواجهم ، فاذا لم يضرب على أيدى هؤلاء الوحوش الهمج الانذال فعلى يد من يضرب ؟

٤) وممن عنى بهذا الموضوع أشد العناية بشعور حىّ ، وغيرة صادقة على حقوق النساء المظلومات المهضومات ولدنا النابه الدكتور السعيد مصطفى السعيد خريج كلية الحقوق المصرية ووكيل النائب العمومى بمحكمة استئناف مصر . فكتب رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى موضوع (مدى استعمال حقوق الزوجيـة وما تتقيد به فى الشريعة الاسلاميـة ، والقانون المصرى الحديث) فكان موفقاً فيما كتبه فأحسن وأجاد وأشبع وأمتع ولا سيما فيما كتبه فى مسألة تعدد الزوجات ، ومسألة المتعة التى تعطاها المطلقة جبرا لخاطرها بسبب ايحاشها بالطلاق . ولا يعرف قيمة ما كتبه فى المسألتين إلا من قرأ كتب التفسـير وشروح الأحاديث المطولة بامعان وتفهم واستيعاب تام فان القارىء إذا خرج من ذلك بعد ما يبذل ما فى وسعه من الجهد ، وكان قد وفق إلى فهم النصوص على وجهها الصحيح ثم قرأ ما كتب فى الرسالة فى كل من المسألتين فانه حينئذ يدرك قيمة ما قاله واستنتجه ذلك الشاب الموفق ، ورحم الله القائل :

لا يعرف الشوق الا من يكابده ولا الصبابة الا من يعانيها

٥) وكذلك كان شأنه فى كل ما بحثه فى هذه الرسالة مع انسجام العبارة ، ومتانتها ، وسلامتها ، وحسن الترتيب ، والتقسيم واستيعاب البحث ، وتقليب المسألة على كل وجوهها حتى يقتلها بحثا من جميع نواحيها الشرعية والقانونية . وما أشد ما كان موفقا لفهم نصوص الفقهـاء فى كتب جميع المذاهب المختلفة المطولة مع غرابة تعبيراتها عن أمثاله ، لعدم إلفهم اياها ، وكذلك كتب التفسير والحديث الا فى شىء طفيف سبق اليه نظره كما فى هامش

صفحة ١٨٦ ، فان المراد بظاهر الرواية الأحكام المنقولة عن الامام محمد بن الحسن بروايات مشهورة وهى التى تضمنتها كتبه الستة ، الاصل (المبسوط) والجامع الكبير، والجامع الصغير، والسير الكبير، والسير الصغير، والزيادات. وهذه الكتب الستة هى أصل المذهب الحنفى ومنها أخذت متونه . والغالب أن الفتوى تكون بما ورد فيها لأنها الأصل ، غير أنه قد يعدل عن الفتوى والعمل ببعض ما جاء فيها ويفتى بما جاء فى كتب النوادر وهى كتب دون فيها ما روى عن الأصحاب بروايات غير مشهورة . وقد تكون الفتوى بغير هذا عملا بالعرف والعادة . واذاً تكون النسبة بين ظاهر الرواية وما عليه الفتوى العموم والخصوص من وجه ، فيجتمعان فيما أفتى به من ظاهر الرواية وهو الكثير الغالب ، وينفرد ظاهر الرواية فى المسائل التى تركت الفتوى بها، وتنفرد الفتوى فيما أفتى به من غير كتب ظاهر الرواية . وكذا ما استنتجه من مذهب الامام الشافعى هامش صفحة ٣٦ ، وذلك لأن الاحتمال لا يزال قائماً إلى اللحظة الأخيرة ، والمسألة دقيقة . ورحم الله القائل — كفى المرء نبلا أن تعد معايبه .

٦) ويضاف إلى هذا — أنه حاول أن يصبغ الخطبة بصبغة العقد ، ولكن لم تسبعده على ذلك النقول الفقهيه كما يظهر ذلك لمن أنعم نظره فى كل ما قاله . والذى أراه انا فى هذا الموضوع بايجاز هو أن الخطبة ارتباط أدبى حاطه الشارع الاسلامى بسياج يمنع الاعتداء عليه حتى يعدل أحد طرفيه عدولا نهائيا ؛ والمسألة كلها مراعى فيها ناحية الآداب والديانة لاغير . فاذا عدل أحد الخاطبين ولم يكن سىء النية فى عدو له ولم يلحق بالطرف الآخر ضرراً بعدوله هذا — لا ماديا ولا أدبياً — فلا لوم ولا تثريب عليه — وإلا كان ارتباط لخطبة الأدبى أشد وأقسى من ارتباط الزواج القانونى، وهذا لا ينبغى أن يقول به حد ، وهو على كل حال لا يخلو من نوع وحشة تلحق بالطرف المعدول

عن الاقتران به . أما اذا ظهر سوء النية فى العدول ، ولو بالقرائن القوية ولحق بالطرف المعدول عنه ضرر أدبى ، أو مادى — كأن يكون قد دخل بسبب الخطبة اعتماداً عليها فى انفاق شيء من ماله أو شراء أشياء لأجل الزواج وما إلى ذلك — فان العدل يقضى بأن يجزى ذلك العادل الظالم بتعويض للطرف الآخر بسبب ما الحقه به من الضرر ، لا بسبب مجرد العدول عن الخطبة . ومذهب مالك رضى الله عنه أكبر مؤيد لهذا لأن الخاطب العادل أدخل الطرف الآخر بسبب وعده فى الخسارة . وأرى أن هذا أمر واجب ، ولا سيما مع فساد الأخلاق ، منعاً للتلاعب فيما يجب أن يكون عملا جديا .

٧) هذا وقد اقترح فى خاتمة رسالته وجوب وضع قانون شرعى غير مقيد بمذهب معين ، وانه يضم صوته إلى صوت القائلين بذلك لأن المصلحة تقتضيه والشريعة العادلة الحكيمة لا تأباه . وقد ناديت بذلك منذ عشر سنين وكتبت فيه مقالا وهو الذى نبه اليه فى هامش صفحة ٢٦٦ . وانى أرى أنه بدون ذلك لا تقوى الشريعة باعتبارها قانونا عملياً على البقاء ، ولا حرج فى ذلك شرعا .

٨) ولما كانت مسألة التعقيم محل كلام كثير فى هذه الأيام وقد تناولها بالبحث فى رسالته من صفحة ١٣٤ إلى صفحة ١٣٨ رأيت أن أقول كلمة تكون فصل الخطاب فى هذه المسألة الخطيرة .

كلمة فى تقليل النسل أو منعه ، والتعقيم

٩) تكلم الناس كثيرا فى هذه الأيام فى مسألة تقليل النسل أو منعه ، ومسألة التعقيم منعاً لوجود نسل مؤوف بعاهة بدنية أو عقلية أو نفسية تنتقل من الأصل إلى الفرع بطريق الوراثة كما أثبت ذلك العلم ودل عليه الاستقراء وحققته التجارب وعرفه الناس قديماً . فأردت أن أقول كلمة فى

ذلك أرجو أن تكون فصل الخطاب .

١٠) التعقيم عملية طبية يراد بها جعل الرجل المؤوف عقيما ، لا يولد له وذلك بمنع العلة الموجبة للولد عادة ، أو بجعل المحل فى المرأة المؤوفة غير قابل لأثر اللقاح . ويقال له العقم أيضا . تقول عقّمته عقَمته .

والنظر فى هذه المسألة يكون فى موضعين .

الأول — هل يجيز الدين الاسلامى منع الحمل أو تقليل النسل ؟

الثانى — إذا كان ذلك جائزا فى شرعة الاسلام ، فهل هو جائز بأية وسيلة كانت ؟ أوله طريق لا ينبغى أن يسلك غيره .

المسألة الأولى

١١) ينبغى أن يعلم أن مرجع الأحكام الشرعية من حيث الحل والحرمة ، والجواز والمنع ، هو نصوص الكتاب والسنة الثابتة ، وليس فى الكتاب فيما يتعلق بمسألتنا هذه مما يوجب المنع شيء ، وانما جاء فى السنة ما يفيد ظاهره المنع ، وقد تأوله الجمهور ، وما يفيد الجواز . وقد ارتضاه أكثر الفقهاء ، ومنهم أئمة المذاهب الأربعة المعروفة . وهاك أهم ماجاء فى ذلك .

(ا) روى مسلم عن جذامة بنت وهب ، أن أناسا سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن العزل ، فقال : ذلك الوأد الخفى اه . والعزل هو أن ينزع الرجل بعد الايلاج لينزل خارج الفرج ، منعا للحمل .

(ب) وروى أحمد وأبو داود والنسائى والطحاوى عن أبى سعيد الخدرى أن رجلا قال يا رسول الله ان لى جارية . وأنا أعزل عنها ، وأنا اكره أن تحمل ، وأنا أريد ما يريده الرجال ، وأن اليهود تحدث أن العزل الموءودة الصغرى . قال : كذبت يهود ، لو أراد الله أن يخلقه ، ما استطعت أن تصرفه .

(ح) وروى مسلم عن جابر قال: كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، والقرآن ينزل، فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم، فلم ينهنا اهـ وقد روى هذا الحديث البخارى أيضا الى قوله «والقرآن ينزل» ورواه مسلم بزيادة أخرى وهى «ولو كان شيئا ينهى عنه لنهانا عنه القرآن». والراجح كما قال فى الفتح أن هذه الزيادة من كلام سفيان راوى الحديث عن جابر بناء على ما استنبطه، لكن فى بلوغ المرام جعلها من الحديث وأدرجها فيه.

١٢) وقد استدل ابن حزم بالحديث الأول، حديث جذامة على تحريم العزل، وجزم بذلك، وقال شارح الاحياء انه مذهب أهل الظاهر، وقال ان هذا الحديث مانع من العزل، وغيره من الأحاديث مبيح له، والمانع مقدم على المبيح، ومن ادعى أنه ابيح بعد المنع فعليه الدليل.

١٣) وذهب جمهور فقهاء الشريعة الى جواز العزل — ولكنهم اختلفوا فى أنه هل يتوقف على رضا الزوجة، أولا يتوقف. واحتجوا بحديثى أبى سعيد وجابر المذكورين آنفا، وكذا بأحاديث أخرى وردت بمعناهما، وقالوا: ان ما استدل به ابن حزم من قوله صلى الله عليه وسلم «ذلك الوأد الخفى» على تحريم العزل محل نظر، وذلك لأن الوأد الحقيقى المحرم بالنص هو قطع حياة محققة، وأما العزل — وان شبهه به صلى الله عليه وسلم — فهو قطع لما يؤدى إلى الحياة عادة، فالمشبه دون المشبه به. وانما سماه وأدا لما يتعلق به من قصد منع الحمل، وجعله الامام الغزالى وغيره نظير قوله عليه الصلاة والسلام «الرياء هو الشرك الخفى» وهذا لا يوجب إلا الكراهة التنزيهية، أى ترك الأفضل، وفعل خلاف الأولى. وعلى هذا اتفقت كلمات الجمهور من فقهاء الشريعة الاسلامية. ويوضح هذا ما قاله أمير المؤمنين على كرم الله وجهه: لا تكون موءودة الا بعد سبع. يريد سبعة الأطوار التى

في قوله تعالى « ولقد خلقنا الانسان من سلالة من طين ، ثم جعلناه نطفة فى قرار مكين ، ثم خلقنا النطفة علقة ، فخلقنا العلقة مضغة ، فخلقنا المضغة عظاما ، فكسونا العظام لحما ، ثم أنشأناه خلقا آخر ، فتبارك الله أحسن الخالقين » وقد استنبط على عليه السلام ذلك استنباطا لطيفا من قوله تعالى « اذا الشمس كورت ، واذا النجوم انكدرت ، واذا الجبال سيرت ، واذا العشار عطلت ، واذا الوحوش حشرت ، واذا البحار سجرت ، واذا النفوس زوجت ، واذا الموءودة سئلت بأى ذنب قتلت » . فرأى بنظره الثاقب أن آية الموءودة جاءت بعد سبع آيات ، وأن أطوار تكون الجنين حتى تدب فيه الحياة سبعة ، فقال لا تكون موءودة الا بعد تمام هذه الخصال . ولما سمع منه عمر رضى الله عنه ذلك قال له صدقت ، أطال الله بقاءك . والحاصل أن العزل جائز عند جمهور فقهاء الشريعة الأسلامية ، إلا أنه ترك للأفضل ، فاذا اقتضته مصلحة راجحة فلا مانع من المصير اليه .(١)

١٤) ومن أمثلة ذلك ما قاله الامام الغزالى .

(ا) ان العزل يجوز استبقاء لجمال المرأة وبهجتها ونشاطها ونضارة لونها ولاستبقاء حياتها خوفا من خطر الطلق ، والشارع لم ينه عن هذا .

(ب) ويجوز أيضا خوفا من كثرة الحرج بسبب كثرة الاولاد ، والاحتراز من الحاجة الى التعب فى الكسب ، ودخول مداخل السوء ، والتهم بسبب ذلك . وهذا أيضا غير منهى عنه ، فان قلة الحرج معين على الدين . نعم ، الكمال والفضل فى التوكل على الله تعالى ، والثقة بضمان الله تعالى لرزقه ورزق أولاده ، حيث قال تعالى « وما من دابة فى الأرض الا على الله

---

(١) الاصل عند أبى حنيفة وأصحابه ان العزل لايباح الا باذن الزوجة الحرة لكن مشايخ المذهب قالوا انه يباح العزل بغير اذنها أن خاف من الولد السوء لفساد الزمان (انظر الخانية وفتح القدير) .

رزقها ، وقال تعالى « ولا تقتلوا أولادكم خشية املاق ، نحن نرزقكم واياهم » فهذه مرتبة أعلى من تلك يبلغ بها الانسان ذروة الكمال ، لكن النظر فى العواقب للأمور ، وحفظ الانسان المال وادخاره لنفسه وعياله ، ليس منهيا عنه شرعا . انظر احياء علوم الدين وشرحه للسيد مرتضى الزبيدى .

أقول:قد يعترض معترض بأن أصل شرعية الزواج لايجاد النسل الذى يعبد الله تعالى وتعمر به الأرض ، وهو الغاية الطبيعية من خلق الذكور والأناث لبقاء النوع الى ما شاء الله ، والعزل مناف لهذا الغرض الأصلى الواضحة حكمته لكل ذى عينين . وجوابى عن هذا أن العزل انما يصار اليه بطريق الاستثناء من الأصل اذا دعت اليه المصلحة الراجحة فهو نوع من الرخصةالشرعية لمصلحة هى أرجح من العمل بمقتضى الأصل فى بعض الجزئيات ، ولكل قاعدة تشريعية استثناء ، ولكل عزيمة رخصة ، والا كان التشريع موسوما بالجمود ، وتعذر تطبيقه على مصالح الناس الدنيوية ، والتشريع انما جاء لتحقيقها لا لافسادها.

المسألة الثانية

١٥) خرجنا من المسألة الأولى على أن العزل جائز عند جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية ، دفعا للولد ، كما يجوز الامتناع عن الزواج من أصله لأجل هذا اذا كان الانسان فى مأمن من الوقوع فى العنت اذا هو لم يتزوج . فهل يجوز منع الحمل ودفع الولد بسبب آخر غير العزل وغير الامتناع عن التزوج أصلا ؟

وجملة القول فى الجواب عن ذلك أن ما يمكن افتراضه لمنع الحمل أو الولادة واحدمن ثلاثة أمور

١٦) (الاول) أن يجنى على الجنين بعد أن تدب فيه الحياة وهو فى بطن أمه . وفى هذه الحالة يستحق الجانى العقوبة الأخروية والعقوبة الدنيوية

جميعا ، وعمله هذا يعتبر نوعا من الوأد سواء أكان باسقاط الجنين أم بقتله .
ولو أن حاملا ماتت وولدها حى يضطرب شق بطنها وأخرج ولدها ، ولو بالعكس وخيف على الأم قطع وأخرج ، ولو كان حيا لا يجوز تقطيعه ، لأن موت الأم موهوم ، فلا يجوز قتل حى لأمر موهوم . والقول المعتمد فى مذهب مالك انه لا يشق بطن امرأة عن جنين ، ولو رجى حياته لان سلامته مشكوكة فلا تنتهك حرمتها لأجل أمر مشكوك فيه ، ولكن لاتدفن حتى يتحقق موته ، ولو تغيرت . وقيل يجوز شق بطنها اذا لم يمكن اخراجه بحيلة أخرى . أقول لم لايرجع فى مثل هذا الى الاطباء . وعند الشافعية أنه اذا دفنت امرأة ببطنها جنين ترجى حياته فانه يجب شق جوفها لاخراجه ، ولو بعد دفنها . فان لم ترج حياته أخر دفنها حتى يموت . وما قيل أنه يوضع على بطنها شيء ليموت . غلط فاحش . فليحذر اهـ . (انظر التحفة لابن حجر)

١٧) (الأمر الثانى) أن تعالج المرأة بعد استقرار النطفة فى مقرها ، وقبل أن تدب فى الجنين الحياة بما يفسد اللقاح ، أو يسقط الجنين فى أى طور من أطوار تكونه قبل أن تنفخ فيه الروح . ويرى بعض الفقهاء كالغزالى أن فى هذا نوعا من الجناية تتزايد كلما تقدم تطور الجنين فى أدواره الأولى حتى تدب فيه الحياة ، وعلى هذا يكون حراما ويستحق فاعله العقوبة لأن هذه الجناية ليس لها حد شرعا . ونقل فى شرح الاحياء عن الشيخين العماد بن يونس والعز بن عبد السلام وهما من فقهاء المذهب الشافعى أنه يحرم على المرأة استعمال دواء مانع من الحمل ، وقال ابن يونس : ولو رضى به الزوج . واستشكل ذلك السيد مرتضى شارح الأحياء لأن المشهور من مذهب الشافعى أن العزل مباح ، فقد خالفا بذلك امامهما . ثم أجاب عن ذلك بأنه قد يقال : هذا سبب لامتناعه بعد وجود سببه ، والعزل فيه ترك السبب ، فهو كترك الوطء مطلقاً اهـ . والذى أفهمه من هذا أن العلاج ان اتخذ لافساد النطفة

بعد وجودها وصلاحيتها للانتاج ظهر الفرق بينه وبين العزل أما ان كان العلاج لجعل المحل غير قابل لأثر العلة فليس فى هذا جناية على العلة بعد وجودها . بل أنها صادفت محلا غير قابل لأثرها ، وفى هذا لاجناية أصلا .
وكهذا أيضاً ما لو وضع دواء عند فوهة الرحم فى أقصى المهبل ليقتل المكروب المنوى حين يلاقيه كبعض العلاجات التى وضعت لأجل هذا الغرض إذ العلة لم يهيأ لها فرصة لتعمل عملها فكأنها لم توجد أصلا . هذا وقد قال فى سبل السلام للشيخ محمد بن اسماعيل الأمير اليمنى مانصه : معالجة المرأة لاسقاط النطفة قبل نفخ الروح يتفرع جوازه وعدمه على الخلاف فى العزل ، فمن أجازه أجاز المعالجة ، ومن حرمه حرم هذا بالأولى ، ويلحق بهذا تعاطى المرأة ما يقطع الحبل من أصله ، وقد أفتى بعض الشافعية بالمنع ، وهو مشكل على قولهم باباحة العزل مطلقاً اهبحروفه .ونقل فى رد المحتار عن الذخيرة أن المرأة لوأرادت القاء الماء بعد وصوله إلى الرحم قالوا ان مضت مدة ينفخ فيه الروح لايباح لها ، وقبله اختلف المشايخ فيه[1] والنفخ مقدر بمائة وعشرين يوماً. بالنص وقد بحث فى النهر أنه يجوز للمرأة سد فم رحمها منعا من وصول الماء اليه لأجل منع الحمل ، وفى البحر أن ذلك يحرم بغير اذن الزوج . فعلى هذا اذا أذن الزوج بذلك جاز بلاحرمة . وفى رد المحتار فى موضع آخر انه يكره للمرأة أن تسقى دواء لأجل اسقاط الحمل فاذا فعلت ذلك أثمت ، لكنها لاتأثم أثم القتل ، وهذا اذاكان الاسقاط لغير عذر اما اذا كان لعذر فهو جائز ولا أثم عليها ، ومثل لذلك بالمرضعة اذا ظهر بها الحبل ، وانقطع لبنها ، وليس لابى الصبى ما يستأجر به الظئر ، ويخاف هلاك الولد ، قالوا

(١) فقال بعضهم باباحة اسقاط الحمل مطلقا قبل أن تنفخ فيه الروح أى قبل مضى مائة وعشرين يوما على النطفة بعد استقرارها فى الرحم . ذكر ذلك قاضيخان والفقه على بن موسى لأن النطفة بعد ما تقع فى الرحم مآلها الحياة فيكون للجنين قبل نفخ الروح فيه حكم الحياة (أنظر ردالمحتار)

يباح لها أن تعالج فى استنزال الدم مادام الحمل مضغة أو علقة ، ولم يخلق له عضو ، وقدروا تلك المدة بمائة وعشرين يوما . وانما جاز لأنه ليس بآدمى وفيه صيانة لآدمى ا هـ . الخانية .

١٨) (الأمر الثالث) أن يعالج الرجل قبيل المباشرة الجنسية علاجا بأية طريقة كانت يفسد مادة التلقيح فيـه ، أو يقطع عليهـا طريق مرورها وهى لا تزال فيـه ، أو يذهب بها أو بخاصيتها بأية وسيلة . أو تعالج المرأة نفسها كذلك بما يجعلها غير أهل لقبول اللقاح ، فأى مانع يمنع من هذا شرعا؟ ليس فيـه جناية على شىء ما ، وهل من فرق بين وقف العلة أو تحويلها عن طريقها منعا لها من أن تعمل عملهـا ، و بين افسادها ، أو افساد المحل المعد لقبولها فتسلب تأثيرها ويكون وجودها وعدمها سواء ، أو تجد محلا غـير صالح لقبول أثرها فتذهب سدى وتضيع ، اذ لا يجد الايجاب قبولا ولا محلا للانعقاد . أليس كل من الامتناع عن الزواج ، والعزل بعد المباشرة ، والعلاج قبل وجود الأثر سواء فى النتيجة ، ولم يرد نص يعول عليـه فى تحريم شىء منها

١٩) وعلى هذا لا أرى فى التعقيم أى مانع دينى لأنه عملية يراد بها دفع الولد بمنع علته الموجبة لوجوده بحكم العادة وليس فى هذا جناية على شىء وجد ، لا على نفس حية قد تهيأت للخروج إلى عالم الوجود ، ولا على ماهو مهيأ لأن يكون نفساً حية . كذلك الأمر واضح جداً لا ينبغى التوقف فى اباحته وجوازه .

وهنا خطر ببالى أسئلة أرى من تمام الفائدة أن أذكرها وأذكر بعد كل سؤال منها ما عنّ من الاجابة عنه .

٢٠) السؤال الأول :

نحن معاشر المسلمين نعتقد أن ما أراد الله أن يكون ، لابد أن يكون . فاذا

كان الله تعالى قد تعلقت إرادته بأن يكون لفلان أو لفلانة ولد يولد فى وقت كذا فى مكان كذا على صفة كذا فهذا الولد آت لا محالة ، واذا يكون كل من العزل والتعقيم والامتناع عن الزواج أصلا دفعا للولد — هو معاندة للقدر ، ولا يليق بالمسلم أن يعاند قدر الله .

وجوابى عن هذا :

أولا — انى الآن لا أعلم ما قدره الله فى المستقبل ، لكن أعلم بحكم العادة المستمرة ، أو التجارب المتكررة ، ولا سيما التى يؤيدها العلم أن فعل كذا يترتب عليه أثر كذا فانا بناء على هذا أقدم على العمل تاركا ما سيكون فى المستقبل الى الله سبحانه وتعالى ، فأى معاندة للقدر فى هذا ؟

ثانيا — الامتناع عن الزواج والعزل والتعقيم كل ذلك بقدر الله تعالى ، ولله وحده أن يرتب المسببات على أسبابها العادية أى يجعل وجود المسبب مقارنا لوجود السبب أو عقبه بدون أى فاصل ، وله وحده أن يخلق المسببات بدون أسبابها العادية ، فالممتنع عن الزواج والعازل تحت سلطان قدر الله كالمتزوج والذى يولد له ، فهل فى هذا معاندة للقدر ؟

وانظر ارشدك الله الى قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث أبى سعيد الخدرى الذى تقدم ذكره « لو أراد الله أن يخلقه ما استطعت أن تصرفه » ففيه الكفاية فى جواب هذا السؤال .

٢١) السؤال الثانى :

يقولون ان التعقيم انما أجازوه منعا لانتقال الآفات الجسمية والعقلية والنفسيه التى تكون بالاصول الى فروعهم ، فأنى لنا علم هذا والمستقبل لا يعلمه الا الله فرب شخص مؤوف يأتى ولده سليما . ورب شخص سليم يأتى ولده مؤوفا ، فيجب أن نترك الأمر لله اذ لا علم لنا بالمستقبل .

وجوابى عن هذا — أن العلم الحديث أثبت ثبوتا لا ريب فيه أن عاهات

الأصول تنتقل الى الفروع ، واذا تخطت العاهة الولد انتقلت الى ولد الولد أو ما بعده من الذرية فالوراثة أصبحت مما لا شك فيه أوهى على الأقل مبنية على الظن الراجح . ولم يفت قدماءنا علم هذا فان الشافعى رضوان الله عليه لما قال بجواز فسخ الزواج بسبب الجذام والبرص كان مما أورده تعليلا لهذا ان الولد الذى يأتى من مريض بأحد هذين الداءين قلما يسلم ، وان سلم أدرك نسله فكيف مع هذا ننكر انتقال العاهات من الأصول إلى فروعهم بطريق الوراثة .

٢٢) السؤال الثالث :

لاشك أن فى التعقيم ضررا عظيما بالمعقم فان كان رجلا أفقدناه رجولته ، وكونه أبا ، وان كان امرأة أفقدناها أمومتها فيفوت بذلك الغرض الاصلى من خلق الناس ذكورا واناثا وتعطل تلك الوظيفة الطبيعية التى بها يحفظ النوع وفى ذلك جناية مزدوجة على شخص برىء وهو الشخص المعقم وعلى النوع الانسانى ، فكيف يصح هذا .

وجوابى عن ذلك : أولا — أن جمهور فقهاء الشريعة قالوا بالحجر على السفيه دفعا لضرره عن الناس اذا ذهب ما فى يده من المال وأصبح لاآمال له فيصبح عالة على غيره (انظر كتابنا فى الاهلية وعوارضها) وفى هذا الحجر اهدار لآدميته والحاق له بالبهائم ، ولهذا لم يوافقهم أبو حنيفة على الحجر عليه ، فاذا جاز عند جمهور فقهاء الشريعة ذلك الفعل الذى تهدر به الانسانية جملة ويلحق صاحبه بالبهائم فلأن يجوز بالأولى فعل ما تهدر به الرجولة وكون الشخص أبا ، أو الأمومة فان هذا أخف من ذاك فكان أولى بالجواز اذا اقتضته المصلحة الراجحه بدفع الضرر العام .

ثانيا — ان كل ما يترتب على تعقيم بعض افراد من الناس هو تقليل بنى الانسان ، فلو كان الذى يفوت بسبب عدم الولادة نسلا صالحا فهذا لقلته

لا يكاد يشعر به، والنوع بدونه باق، فما بالك اذا كان الذى يفوت بسبب التعقيم هو نسل ردىء مؤوف بعاهات نفسية أو عقلية أو جسمية على ماجرت به سنة الله فى خلقه اليس فى هذا الصنيع خير للنوع الانسانى بسلامة أفراده بالقدر المستطاع ؟

٢٣) السؤال الرابع :

العقل والشرع يقضيان بقبح الجناية على الأبرياء — وعملية التعقيم لاشك أنها جناية وتعذيب، فكيف يستباح هذا باسم الشرع ؟ اليس الشرع الالهى أرفع من أن يأتى بما فيه الجناية على بنى الانسان وتعذيبهم ؟

وجوابى عن هذا : انه ليس فى هذه الدنيا — أولا يكاد أن يوجد — ما هو مصلحة من كل وجه، ولا ما هو مفسدة من كل وجه، بل كل عمل يجمع بين الأمرين على نسب مختلفة، كما قيل:

حلاوة دنياك ممزوجة   فلا تأكل الشهد الا بسم

واذا كان الأمر كذلك — والشرع لا بد منه — جاء الأمر بما غلبت مصلحته مفسدته، والنهى عما غلبت مفسدته مصلحته ووضعت القواعد لذلك فقيل. يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام. وقيل: الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف. وقيل : اذا تعارضت مفسدتان روعى اعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما .وقيل، الضرر يدفع بقدر الامكان، الى غير ذلك.

ومن الشواهد على هذا جميع العقوبات الشرعية. هى فى ذاتها مفاسد لكنها مطلوبة شرعا لكونها مؤدية الى المصالح التى هى أرجح منها كقطع اليد المتأكلة لسلامة الجسم كله واستبقاء الحياة، وقتل قطاع الطريق، والجهاد لاعلاء كلمة الله، وتطهير الأرض من المفسدين وهكذا من الأشياء التى هى فى ذاتها مفاسد لكنها شرعت لتحصيل ما يترتب عليها من المصالح الحقيقية. والاعتماد فى معرفة رجحان المصلحة على المفسدة، ورجحان المفسدة على

المصلحة يكون على ما يظهر فى الظنون ، وصدق الظنون يرتكز على التجارب والمشاهدات المتكررة والمؤيدات العلمية التى ترجح الظن فلا يجوز العدول عن العمل به خوفا من أنه قد يكذب فى مسألة جزئية . لأن هذا لو لوحظ عند العمل بالظن الراجح فاحجم عن العمل بناء عليه لتعطلت المصالح الغالبة ، ولا يفعل ذلك الا الجاهلون ، كما قاله الشيخ عز الدين بن عبد السلام ، وضرب لذلك الأمثال .

٢٤) واذا تقرر هذا أقول : ان ما يتراءى من الجناية بسبب عملية التعقيم هو مفسدة بلا ريب ، وأذى للشخص المعقم واضرار به لكنه ارتكب لدفع ضرر عام ، كما أسلفنا .

(يوضحه) أن أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه كان يعس فى بعض الليالى ، ينفض الليل عن أهل الريبة ، فسمع امرأة تنشد شعرا ، منه :

هل من سبيل الى خمر فأشربها ... أم من سبيل الى نصر بن حجاج

فلما أصبح الصباح دعا بنصر بن حجاج . فاذا هو شاب جميل يفتتن بمثله النساء فأمر بحلق شعره فحلق ، فازداد جمالا ، فأمر بنفيه الى البصرة منعا للفتنة . فأى ذنب جنى نصر بن حجاج حتى نفاه أمير المؤمنين وحلق شعره من قبل ؟ أليس ذلك دفعا لضرر عام ؟ وعلى هذا قال علماؤنا يجوز التعزير على غير معصية ، وضربوا مثلا لذلك نصر بن حجاج . وبعد ، فبرىء حلت به نعمة الله تعالى وهى الجمال الفاتن أو لم وعوقب دفعا لضرر عام اعتمد فيه على الظن الراجح عند ما ظهرت أول باكورة له . فبرىء حلت به نقمة الله وهى العاهة التى إيف بها جسمه أو عقله أو نفسه أفلا يكون أولى بالايلام دفعا للضرر العام ؟ الأمر صار واضحا جدا .

٢٥) وعلى ذلك فانا لا أرى مانعا شرعيا من اتخاذ طريقة التعقيم أو المنع المؤقت تبعا لما تقضى به المصلحة بعد أن يتثبت كل التثبت من ضرورة ذلك

وبشرط أن يكون التعقيم اجباريا وعاما شاملا لكل من تقلهم أرض مصر ، وتظلهم سماؤها .

٢٦) وانى ليأخذ منى العجب كل مأخذ كلما تذكرت منشور الحقانية للمحاكم الشرعية بالزام المأذونين أن يأخذوا اقرارا كتابيا من طالبى الزواج بخلوهما من الأمراض السرية ، وقد صدر ذلك بناء على طلب مصلحة الصحة العمومية . فأى قيمة لهذا المنشور؟ أئذا سئل شخص حلت بجسمه الأمراض السرية كلها وزيادة أيقر بأن به مرض كذا ؟ واذا قال أنه سليم من الأمراض والآفات والعاهات وكذب فى اقراره ثم تبين ذلك فيما بعد فما جزاؤه ؟ وما أهمية القيمة القانونية للمنشورات فى مثل هذا ؟ وهل يستطيع المأذون قانونا أن يمتنع عن العقد اذا أبى الزوجان أو أحدهما كتابة هذا الاقرار ؟

واذا كان العقد على غـــير يد مأذون، ثم ذهبت الزوجة الى المحكمة الشرعية ليقضى لهـا بنفقة على زوجها (مثلا) مقدارها كذا فلما حضر أقر بالزوجية وادعى أن ما طلبته كثير أو غير ذلك ، وكان غرض الزوجين بهذا اثبات الزواج رسميا بقضـاء القاضى ، وقد مكرا الحيلة وأتقناها أفلا يثبت الزواج من هذا الطريق بدون وثيقة مأذون؟ وهل يطالب القاضى كل واحد منهما بتقديم اقرار كتابى بالخلو من الأمراض السرية لان فصله فيما ترافعا اليه يستلزم حتما ثبوت زوجيتهما باقرارهما أمامه فى مجلس قضائه ، وهذا تجيزه اللائحة الشرعية (القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ المادة ٩٩ فقرة ثالثة) ؟ فما كان ينبغى أن يفكر أولا فى هذا الموضوع تفكيراً صحيحا قبل اصدار منشور به ، أم نحن ممن يكتفون بالصور والأشكال فحسب ؟

غرة صفر الخير سنة ١٣٥٥
٢٢ ابريل سنة ١٩٣٦

أحمد ابراهيم
وكيل كلية الحقوق بالجامعة المصرية
واستاذ الشريعة الأسلامية بها

بسم الله الرحمن الرحيم

أحمد الله العظيم وأصلى على رسوله الكريم

وبعد — فقد أتى على الشريعة الاسلامية حين من الدهر كانت هى القانون العام فى بلدنا ، تجرى فيه أحكامها فى كل ما تجرى عليه الأحكام ، وتطبق قواعدها فى كل ما تحتمله أعمال الناس من معاملات وأجزية . والشريعة الاسلامية هى تراث الاسلام الخالد وعنوان ما وصل اليه من حضارة ورقى ، خضع لها العالم الاسلامى مئات السنين فما شكا نقصاً ولا اضطراباً ، فقد سايرت تطور الحياة فى مختلف العصور بفضل ما بذله فقهاؤها — طيب الله ثراهم — من جهد فى هذا السبيل .

على أن هذا الجهد المبارك ما لبث أن فتر ، فقد دار الزمن دورته وجاء قوم ينكرون على أنفسهم حرية الاجتهاد وقالوا باقفال بابه ، فوقفت الشريعة وسارت الحياة فى سبيل تطورها الطبيعى ، إلى أن شعر القائمون بالأمر فى البلاد بضرورة التجديد فى التشريع واصلاح حال القضاء ، فلجأوا إلى القوانين الأجنبية يستعيرون من أحكامها وهم الأغنياء بما لديهم من فقه . وقد كانت نتيجة ذلك أن صار تشريعنا مجموعة من قوانين مختلفة الأصول مشتتة الفروع لا ارتباط بينها ولا انسجام فيها ، وكان نصيب الشريعة الاسلامية من هذا الترقيع فى التشريع أحكام الأحوال الشخصية .

وأحكام الأحوال الشخصية هى أهم ما فى تشريع بلد من البلاد ، فكما أن ذات الانسان هى أعز ما لديه فكذلك القوانين التى تنظم أحوالها أهم ما يعنيه من قانونه ، وهى فوق ذلك القدر المشترك بين جميع الناس لأنها تحكم أحوال الفرد بصفته انساناً وهو ما يشترك فيه الجميع لا يفرق بينهم فيه

اختلاف الحالة الاجتماعية أو البيئة أو المكان .

وقد دار كل ذلك بخلدى عند ما فكرت فى اختيار الموضوع الذى أكتب فيه ، فقصدت أن أبذل ما أقدر عليه من جهد فى سبيل الشريعة الاسلامية واخترت لذلك الكتابة فى أهم ما يعنى الناس منها فى حياتهم العملية وهى أحكام العلاقات الزوجية ، فكتبت هذه الرسالة فى مدى استعمال حقوق الزوجية وما تتقيد به فى الشريعة الاسلامية والقانون المصرى الحديث .

والفكرة الأساسية التى يدور عليها البحث هى أن الحقوق المختلفة التى تقرها الشريعة الاسلامية للأفراد منحت لهم لتحقيق مقاصد خاصة يقصدها الشارع من تقرير هذه الحقوق ، فيجب أن يتفق قصد المكلف من استعماله لكل حق من حقوقه مع قصد الشارع من تقرير هذا الحق بعينه ، كما أن استعمال الانسان لحقه يجب أن يكون بحيث لا ينشأ عنه ضرر لغيره ، وإلا كان صاحب الحق عند استعماله بخلاف ما تقدم متعدياً فى الحالتين وترتب عليه ما تقرره الشريعة لذلك من جزاء بحسب الأحوال . وحقوق الزوجية كغيرها من الحقوق تخضع لهذه القاعدة المزدوجة ، فهى تنطبق على كل حق مما يرتبط بعلاقة الزوجية أو يترتب عليها . وبيان ذلك هو موضوع بحثنا هذا . وظاهر أن الفكرة هى بعينها ما يقرره فقهاء القانون الحديث بنظرية سوء استعمال الحقوق .

ولما كان الموضوع تطبيقاً خاصاً فى حقوق الزوجية لقاعدة تتقيد بها الحقوق عموما فقد رأينا أن نقدم البحث بمقدمة عامة فى بيان « مدى استعمال الحق وما يتقيد به » وبعبارة أخرى « نظرية سوء استعمال الحقوق » فى القوانين الوضعية الحديثة وفى الشريعة الاسلامية .

وعلى الله قصد السبيل .

القاهرة فى { صفر سنة ١٣٥٤ هـ
مايو سنة ١٩٣٥ م }

السعيد مصطفى السعيد

مقدمة

في

مدى استعمال الحق وما يتقيد به

في القوانين الوضعية الحديثة وفي الشريعة الاسلامية

نظرية سوء استعمال الحقوق

الفصل الأول

فى مدى استعمال الحق وما يتقيد به
فى القوانين الوضعية الحديثة

نظرية سوء استعمال الحقوق

ا ـ فى القانون الفرنسى

صدر القانون المدنى الفرنسى فى سنة ١٨٠٤ وليد الثورة الفرنسية التى قامت لتحرير الأفراد من القيود السياسية والقانونية والاقتصادية والاجتماعية التى رزحوا تحت أعبائها حينا من الدهر، فأعلنت فى سنة ١٧٨٩ أن للانسان حقوقا طبيعية ثابتة مقدسة لايجوز العبث بها . ومن ثم ساد هذا القانون روح فردى قوى يلتئم مع الروح الذى أملى اعلان حقوق الأنسان . وهو يرمى الى تدعيم حقوق الأفراد وحمايتها ، ينظر الى الفرد باعتباره العنصر الأهم فى الحياة لا باعتباره جزءا من كل هو الجماعة (١).

ولقد كان من نتائج ذلك أن أتى وقت اعتبرت فيه الحقوق مطلقة المدى ، وأن صاحب الحق فى استعماله سيد لا يسأل عما يترتب على هذا الاستعمال من الأضرار التى قد تحيق بغيره (٢) .

الا أن التطورات الاجتماعية والاقتصادية التى جدت فى خلال القرن

---

(١) يراجع فى ذلك : جوسران (روح الحقوق) بند ٤ ؛ وجوسران (القانون المدنى) جـ ١ بند ١٦١ ؛ وديجوى (تطورات القانون الخاص) ص ٨ وما بعدها .

(٢) جوسران المرجعان السابقان ؛ كولان وكابيتان جـ ٢ ص ٣٨٢ .

التاسع عشر أثرت فى هذه الفكرة الأساسية فى القوانين تأثيرا خرج بها من دائرة الفردية المطلقة الى دائرة أخرى اجتماعية لا يقتصر النظر فيها على الفرد باعتباره فردا وانما عليه باعتباره عضوا من جماعة يجب أن تتجه جهوده فى تحقيق مصالحه نحو تحقيق مصلحة الجماعة التى يعيش بينها . وللوصول الى تحقيق هذه الغاية عمل الشراح وقضاء المحاكم على تقييد الحقوق الفردية . فمن ذلك أن عرض على القضاء الفرنسى حالات كان استعمال الحق فيها مسببا لأضرار بالغير رأت المحاكم ازاءها الزام صاحب الحق بتعويض هذا الغير عما يترتب على فعله من الأضرار . وقد كانت هذه الأحكام أساسا لنظرية جديدة فى الفقه الفرنسى اصطلح أغلب شراح القانون على تسميتها بنظرية سوء استعمال الحقوق "La théorie de l'abus des droits". وهى تدور فى مدلولها حول القاعدة التى قررتها محكمة النقض الفرنسية فى أحد احكامها وهى أنه اذا كان من القواعد المقررة أن استعمال احدى المكنات التى يقرها القانون لا يمكن أن يعتبر خطأ تترتب عليه مسئولية فاعله فان الأمر يكون على عكس ذلك إذا أسىء استعمال هذه المكنة (١) .

وقد أثارت هذه النظرية خلافاً حاداً بين الفقهاء فى شكلها الفقهى فمنهم من أقرها ومنهم من ردها (٢) ، وحتى من أقروها لم يتفقوا على تحديد نطاقها

(١) نقض عرائض فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٣ (دالوز ١٨٩٥ — ١ — ٥٣١) :
"S'il est de principe que l'usage d'une faculté légale ne saurait constituer une faute, ni motiver par suite une condamnation, il en est autrement lorsque l'usage d'une telle faculté degenère en abus."

(٢) وجه لهذه النظرية جملة اعتراضات منها مايمس شكلها الفقهى ومنها مايتصل بموضوعها فقد انتقد الأستاذ بلانيول التسمية التى أطلقت عليها "Abus des droits" سوء استعمال الحقوق، فهو يرى فيها تناقضا لأن الحق و الاساءة لا يجتمعان فحيث تبدأ الاساءة ينتهى الحق وكل عمل يوصف طبقا لهذه النظرية بأنه اساءة استعمال حق هو فى الواقع خروج عن هذا الحق (بلانيول المختصر ج ٢ بند ٨٧١) . ويوافقه كثير من الشراح على هذا النقد (ديموج ج ٤

فاختلفوا فيما بينهم على مدى تطبيقها وعلى فيصل التفرقة بين ما يعتبر استعمالا مباحاوما يعتبر استعمالا سيئا للحق . إلا أن غالبية الشراح فى العصر الحاضر يقرون هـذه النظرية ويكاد يكون الاجماع منعقداً الآن على التسليم بصحة النتائج التى تترتب على الأخذ بها من حيث تقييد الحقوق الفردية حتى انحصر الخلاف بين الفقهاء فى المبررات الفقهية للنتائج القانونية التى قررتها المحاكم فى قضائها ورددها الشراح فى مؤلفاتهم (١) .

حالات اساءة استعمال الحق :

(١) كان أول مظهر لهذه النظرية هو استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير . وقد درج قضاء المحاكم الفرنسية منذ أوائل القرن التاسع عشر

بند ٦٧٠ ؛ وديجوى : تطورات القانون الخاص ص ٢٠٠) . على أن النقد الذى يوجهه الأستاذ ديجوى لهذه النظرية يقوم فى أساسه على فكرته الخاصة فى أن ما يسميه جمهور رجال القانون بالحقوق "droits subjectifs" ما هى إلا وظائف اجتماعيـة ويرى أن فى الأخذ بفكرته هذه تفاديا للصعوبات التى لاقاها من تورطوا فى القول بنظرية سوء استعمال الحقوق (يراجع فى ذلك كتابه فى القانون الدستورى الجزء الأول ص ٢٦١ وما بعدها من الطبعة الثالثة) — ومن الشراح من يرى أن هذه النظرية لم تأت بجديد فهى تطبيق لقواعد المسئولية المدنية العادية فان كل مسئوليـة لا تكون إلا عند استعمال حق من الحقوق فلا محل لافراد بحث خاص بحالة من حالات المسئولية الناشئة عن استعمال حق (يراجع فى ذلك : Emmanuel Lévy La vision socialiste du droit ص ٤٥ وما بعدها خصوصا ص ٤٧ و ٤٨) .

ومن الانتقادات التى تمس موضوع النظرية فى الصميم ما قال به بعض الشراح من أنهـا تؤدى إلى الخلط بين القانون والأخلاق مع ما بينهما من الفوارق وأنها تؤدى إلى تحكيم القضاء فى أعمال الناس وحرمانهم من الطمأنينـة فى معاملاتهم القانونية باعطاء القضـاء حرية البحث وراء الأغراض التى تدفع بهم إلى القيام بأعمالهم المختلفة ولا يمكن تحديد مدى هذا التدخل ، وأنها أخيرا تتعارض مع الاتجاه الحديث لقواعد المسئولية المدنية التى تبتعد تدريجا عن النظرية القائمة على الخطأ الشخصى إلى ما يسمى بالمسئولية الشيئيـة (يراجع فى تفصيل هذه الانتقادات والرد عليها كتاب جوسران « روح الحقوق » بند ٢٤١ — ٢٥٩) .

(١) ديموج جـ ٤ بند ٦٧٨ ؛ بلانيول مختصر جـ ٢ بند ٨٧١ ؛ جوسران (روح الحقوق) بند ٢٣٥ .

وجاراه شراح القانون على أن من يستعمل حقه لمجرد الاضرار بالغير يسأل عما يصيب هذا الغير من الاضرار بسبب عمله . ولم تثر هذه الحالة نزاعا بين الفقهاء فان أبسط قواعد العدالة يتنافى مع تعمد الاضرار بالغير ولو تحت ستار استعمال الحق (١) .

إلا أن هذا المبدأ لم يكن مستحدثا فى القانون الفرنسى ولا فى القضاء بعد قانون نابليون وإنما كان ترديدا لما قرره شارحو القانون الفرنسى القديم وما سبقهم إليه مشرعو الرومان من قبل (٢) . وتصرف صاحب الحق فى مثل هذه الحالة يعتبر خطأ مكونا لجنحة مدنية « faute delictuelle » موجبا لمسئولية فاعله عن تعويض الأضرار الناشئة عنه تطبيقا للقاعدة المقررة بالمادة ١٣٨٢ من القانون المدنى الفرنسى (٣) .

على أن الصعوبة التى قد تعترض هذه القاعدة تظهر عند ما يختلط قصد الاضرار بغرض آخر مشروع بمعنى أن صاحب الحق عند ما يستعمله يكون متجها لتحقيق غرضين أحدهما تحقيق منفعة له والثانى الأضرار بغيره . فى مثل هذه الحالة يمكن التساؤل عما إذا كان مجرد وجود غرض مشروع يجعل العمل مباحا ولا مسئولية على فاعله ، أو أن وجود غرض غير مشروع ينسحب أثره على كل العمل فيفسده ؟ والواقع أنه من المتعذر وضع قاعدة بترجيح أحد القولين ولكن الحل الأصوب والذى اتبعته المحاكم فى تطبيقاتها هو أن يكون الحكم فى كل حالة على حسب ما يظهر من وقائعها بحيث أنه

---

(١) مازو ج ٢ بند ٥٦٣ ؛ بلانيول وريبير ج ٦ بند ٥٧٣ ؛ جوسران (روح الحقوق) بند ٢٦٨ وما بعدها . ويراجع أيضا حكم محكمة كولمار Colmar فى ٢ مايو سنة ١٨٥٥ (دالوز ١٨٥٦ — ٢ — ٩) ، حكم محكمة ليون Lyon فى ١٨ ابريل سنة ١٨٥٦ (دالوز ١٨٥٦ — ٢ — ١٩٩) ، النقض الفرنسى فى ٣ أغسطس سنة ١٩١٥ (سيرى ١٩٢٠ — ١ — ٣٠٠) .

(٢) مازو ج ١ بند ٥٥٥ و ٥٥٦ .

(٣) مازو ج ١ بند ٥٦٤ .

ينظر إلى الغرض الذى رمى إليه صاحب الحق من استعماله بالشكل الذى ترتب عليه الضرر فاذا كان غرضه الأساسى هو الاضرار بالغير ولم تكن المنفعة التى يكسبها إلا غرضا ثانويا فما لا شك فيه أن عمله يكون مشوبا بالاساءة ومستوجبا للمسئولية وإلا فالعمل سليم ولا مسئولية على فاعله (١).

(٢) غير أن المحاكم فى قضائها وشراح القانون فى مؤلفاتهم لم يقفوا بنظرية سوء استعمال الحق عند استعماله بقصد الاضرار فقط وهى الحالة التى تقدمت ولكنهم طبقوها فى حالات أخرى كان استعمال الحق فيها غير مشوب بقصد الاضرار بالغير.

وأول ما يسترعى النظر فى هذه الحالات هو استعمال الحق بغير مصلحة لصاحبه. وهذه الصورة تقترب لدرجة كبيرة من الصورة التى سبق بيانها وهى استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير، وكثيراً ما يكون فوات المصلحة فى استعمال حق معين فى حالة خاصة هو الدليل الظاهر على أن هذا الحق استعمل بقصد الاضرار فان إثبات قصد الاضرار قد يتعذر فى كثير من الحالات بل هو متعذر فى أغلبها ولا دليل عليه إلا أن يكون صاحب الحق قد استعمله حيث لا مصلحة له من ذلك. ومن أجل هذا لم يكن الخلاف فى هذا الموضوع جلياً بين فقهاء القانون. وحتى على فرض أن لهذه الصورة مجالا من التطبيق مستقلا عن قصد الاضرار فان فعل صاحب الحق هنا يعتبر خطأ جسيما من جانبه موجباً لمسئوليته طبقاً للمادة ١٣٨٢ من القانون المدنى الفرنسى (٢).

(١) يراجع فى هذا الرأى جوسران (روح الحقوق) بند ٢٧٨ — ومن الشراح من يميل إلى القول بسلامة العمل مادام أن هناك باعثا شرعيا على أتيانه ولو اختلط بقصد الأضرار (ريبير : القاعدة الخلقية فى الالتزامات بند ٩٨ ؛ وبونكاز : ملحق بودرى ج ٣ بند ٢٢٩) إلا أن القضاء يسير وفق ما ذكرناه فى المتن (يراجع حكم محكمة دراجوينان Draguignan فى ١٧ مايو سنة ١٩١٠ (دالوز ١٩١١ — ٢ — ١٣٣).

(٢) يراجع فى ذلك مازو ج ١ بند ٥٦٩ ؛ بند وبلانيول وريبير واسمان ج ٦ بند ٥٧٥ ؛

(٣) أما اذا استعمل صاحب الحق حقه لتحقيق منفعة له ، ولم يقصد بذلك الأضرار بغيره ولكنه أحدث له ضررا ، فهل يمكن أن يترتب على فعله هذا مسئولية عليه . وان قيل بامكان ذلك فما هو فيصل التفرقة بين الفعل المستوجب للمسئولية فى هذه الحالة وبين ما يعتبر استعمالا مباحا ولا مسئولية على فاعله ؟ هنا اختلف الشراح فلم يتفقوا على حل ولكل رأيه الخاص .

فمن الفقهاء من يقصر نطاق نظرية سوء استعمال الحق على حالة استعماله بقصد الأضرار بالغير كما بيناها[1]. الا أن غالبية المؤلفين وقضاء المحاكم لم يقفوا عند هذا الحد . ولكنهم اختلفوا فى تعيين مقياس الاساءة وبعبارة أخرى متى يعتبر صاحب الحق مسيئا فى استعمال حقه وذلك فيما عدا حالة قصد الاضرار . ولقد عرض المؤلفون حلولا كثيرة[2].

ويرى كثير منهم أن مقياس ذلك هو وجود مصلحة لصاحب الحق فى استعماله بالصفة التى نتج عنها الضرر وقد أوضحنا ذلك فيما تقدم .

ويرى فريق من الشراح وفى مقدمتهم الأستاذ جوسران أن ميزان العمل الذى به يعرف ما اذا كان اساءة أو استعمالا مباحاً لحق من الحقوق هو النظر فيما إذا كان هذا العمل يتفق مع الحكمة التى من أجلها منح الحق لصاحبه . ويقوم هذا الرأى على اعتبار أن الحقوق الفردية لم تمنح للأفراد على أنها متع يلهون بها على حسب أهوائهم وانما منحت لهم لتحقيق أغراض صحيحة هى

وجوسران (روح الحقوق) بند ٢٨١ و ٢٨٧ وما بعده ؛ وبونكاز : ملحق بودرى ج ٣ بند ٢٣٠ .

(١) ريبير (القاعدة الخلقية فى الالتزامات) بند ٨٩ وما بعده ؛ ومقال المؤلف السابق فى المجلة الانتقادية Revue Critique سنة ١٩٢٩ (ص ٣٨ وما بعدها بند ٧ وما بعده) .

(٢) يراجع تحليل الآراء المختلفة فى كتاب الالتزامات لديموج الجزء الرابع بند ٦٦٧ وما بعده .

التى حدت بالمشرع لمنح حق ما للأفراد كأداة للوصول إلى الغرض المقصود . فاذا اتجه صاحب الحق فى استعماله حقه لغير الوجهة المقصودة بهذا الحق عد مسيئا ولزمته المسئولية[١].

والذى يحدد هذا المقياس ويكسبه المظهر العملى هو النظر إلى قصد صاحب الحق من استعماله والغاية التى يرمى اليها فان كانت الغاية مشروعة فالعمل صحيح والا فهو اساءة . [٢] وبذلك صار هذا المقياس عاما يسرى على جميع الحالات التى يمكن أن تكون استعمالا لحق من الحقوق فيسرى على حالة استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير واستعماله بغير أن يكون فى ذلك منفعة لصاحبه وذلك على أساس أن الباعث الذى حدا بصاحب الحق الى استعماله فى هاتين الحالتين ليس باعثا مشروعا [٣].

وتختلف غاية الحقوق المختلفة بحسب كل نوع من هذه الحقوق ، فمنها ما كانت الغاية منه تحقيق منفعة لصاحب الحق كحق الملكية الفردية ، ومنها ما شرع لمراعاة مصلحة الغير كحقوق الولاية والقيام على عديمى الأهلية ، ومنها ما شرع فى سبيل المصلحة العامة كحق النقد المباح [٤].

ويقول اصحاب هذا الرأى فى النهاية أن غاية حق معين ليست واحدة فى كل زمان ومكان فانها تتغير بتغير الزمن والأفكار والعادات وفى ذلك ميزة للمقياس الذى وضعوه للأساءة من حيث كونه مرنا يساير الحقوق فى تطورها [٥] .

---

(١) يراجع استعراض هذا الرأى فى كتاب جوسران (روح الحقوق) بند ٢٩١ وما بعده . ويراجع أيضا مازو ج ١ بند ٥٧٢ .

(٢) جوسران (القانون المدنى) ج ٢ بند ٤٣٠ و ٤٣١ ؛ و (روح الحقوق) بند ٢٩٦ وما بعده وفى بند ٣٠٠ يعدد المؤلف البواعث غير المشروعة .

(٣) جوسران (روح الحقوق) بند ٣٠٠ .

(٤) جوسران (روح الحقوق) بند ٣٠٨ وما بعده ؛ و (القانون المدنى) لنفس المؤلف ج ٢ بند ٤٣٠ .

(٥) جوسران (روح الحقوق) بند ٢٩٩ .

وهذا الرأى الأخير هو أقصى ما وصل اليه محبذو نظرية سوء استعمال الحقوق[١]. وقد استعرض الأستاذ جوسران كثيرا من أحكام المحاكم الفرنسية وبيّن أنها تقر هذا المبدأ الأخير فى قضائها.[٢]

ومن استعراض ما تقدم يتضح أن قوام هذه النظرية هو الباعث الذى يدعو صاحب الحق الى استعماله وهذه النية تصبغ العمل الذى يقوم به صاحب الحق بصبغتها وبذلك يتكيف العمل بحسب نية القائم به وهذا عامل شخصى بحت . على أن هذا العامل الشخصى يشترك معه عامل آخر ذو شأن جوهرى هو الغاية الأجتماعية لكل حق من الحقوق وهو عامل اجتماعى يمس الحق فى موضوعه .[٣]

التطبيقات القضائية للنظرية فى فرنسا

ان نظرية سوء استعمال الحقوق من عمل القضاء فقد طبقتها المحاكم قبل أن يتعرض لها شراح القانون . ولقد طبقت المحاكم الفرنسية هذه النظرية فى نواح متعددة من النشاط القانونى للافراد والجماعات كحق الملكية وحق التقاضى والتأمينات والحقوق الناشئة عن علاقات الأسرة وحتى فى انشاء

(١) ولقد انتقد هذا الرأى بأنه خطر فى مداه ويؤدى إلى صعوبات كبيرة فى تطبيقه عمليا وأنه يتطلب من القاضى أكثر مما تسمح به مهمة القضاء فبمقتضاه يتعين على القاضى أن يتعرف الوظيفة الاجتماعية لكل حق من الحقوق وهى مسألة أقرب الى السياسة منها الى القضاء وفى ذلك ما يخرج بالقاضى عن وظيفته (يراجع فى ذلك مازو ج ١ بند ٥٧٣ و٥٧٥) ولقد حاول هذان المؤلفان أن يرجعا أساس تقدير الاساءة فى الحق الى نظرية الخطأ طبقا للقواعد العامة وفى رأيهما أنه مادام أن القاضى حر فى تقدير ما يعتبر خطأ من غير أن يتقيد بأن يكون الفعل مشوبا بقصد الأضرار فان هذا المقياس يكون بمنأى عن الاعتراضات التى وجهت الى غيره ويقولان ان كل عمل من أعمال الانسان قابل لأن يشوبه اهمال أو عدم تبصر وان هذا يسرى حتى على الأعمال التى تتخذ استعمالا لحق من الحقوق .

(٢) جوسران (روح الحقوق) بند ٢٩٧ . ويراجع الرد على هذا الاستنتاج فى مازو ج ١ بند ٥٧٥ .

(٣) جوسران (روح الحقوق) بند ٢٦٦ و ٣٠٢ وما بعدهما .

العقود وانهائها وغير ذلك من الحقوق حتى شملت أغلب الحقوق الفردية [١].

الا أن هذه النظرية بحالتها التى وصلت اليها فى الفقه والقضاء الفرنسى الآن لم تشمل جميع الحقوق فهناك من الحقوق مالم تمتد اليه أحكامها والسبب فى ذلك يرجع الى أن مظاهر الاساءة فى استعمال الحق لاتكون الا اذا كانت الحقوق غير محددة تحديداً كافيا دقيقا، فاتساع مجالها يهيء الفرص للاساءة فى استعمالها فاذا كان الحق محددا تحديدا ماديا كافيا بالنسبة للحالات التى يستعمل فيها وطرق استعماله فلا مجال للاساءة فى هذا الاستعمال. [٢]

ويذكر الشراح حقوقا ويقولون عنها انها تخرج عن حيز نظرية سوء استعمال الحقوق على اعتبار أن مجرد استعمال هذه الحقوق هو الغاية التى من أجلها أقرها المشرع وليس هناك تخصيص خاص لمثل هذه الحقوق يجعل استعمالها مقيداً بهذا التخصيص ويقولون ان فى الحدود التى وضعها المشرع لهذه الحقوق ، والقيود التى قررها لاستعمالها ، ما يغنى عن الالتجاء لنظرية الأساءة .

والحقوق التى من هذا القبيل ليست محدودة العدد وهى دائما فى ازدياد بفضل مايقيد به المشرع استعمال الحقوق المختلفة من القيود التى لاتجعل مجالا للاساءة — [٣] ويذكر الشراح أمثلة من هذه الحقوق كحق الأصول فى الاعتراض على زواج أبنائهم (مادة ١٧٩ / ١ مدنى فرنسى) وحق المرأة فى التنحى عن الوصاية (مادة ٤٢٨ / ٢ مدنى فرنسى) وحق الجار فى

---

(١) يراجع تحليل القضاء الفرنسى فى هذا الموضوع فى كتاب جوسران (روح الحقوق) من بند١٣ إلى بند ٢٠٥ ؛ وديموج ج ٤ بند ٦٣٥الى٦٦٥ ؛ وبلانيول وريبير واسمان ج ٦ بند ٥٨٠ الى ٥٩١ ؛ وبونكاز ملحق بودرى ج ٣ بند ١٩٣ الى ٢١١ ؛ ومازو ج ١ بند ٥٨٢ الى ٥٩١ .

(٢) جوسران (روح الحقوق) بند ١٩ ص ٢٠ .

(٣) جوسران (روح الحقوق) بند ٣٠٧ .

الاشتراك فى ملكية الحائط المشترك (Mitoyenneté) وحق المالك فى قطع جذور الأشجار التى تمتد فى باطن أرضه (مادة ٦٧٣ مدنى فرنسى)[١].

ب - فى القوانين الحديثة غير القانون الفرنسى[٢]

كان للعوامل التى أثرت فى الفقه والقضاء فى فرنسا هذا التأثير الذى أدى إلى تطور الحقوق من الفردية المطلقة إلى أن أكسبها الصبغة الاجتماعية وما تستلزمه من تقييد الحقوق بالكيفية التى تكلمنا عنها — كان لهذه العوامل نفس الأثر فى الشرائع الحديثة الأخرى، وقد ظهر فى نصوص القوانين التى وضعت بعد قانون نابليون بدرجات متفاوتة.

وتنقسم الشرائع التى من هذا القبيل إلى فريقين: فريق جعل مرد التقييد إلى استعمالها بقصد الأضرار بالغير واكتفى من النظرية الفرنسية بأحد مظاهرها، والفريق الثانى أقرها على اطلاقها.

الفريق الأول:

من هذه الشرائع القانون المدنى الألمانى الصادر فى سنة ١٨٩٦ والذى عمل به ابتداء من سنة ١٩٠٠. فتنص المادة ٢٢٦ منه على أنه «لا يباح استعمال الحق إذا لم يكن له من غرض سوى الأضرار بالغير»

"L'exercice d'un droit n'est pas permis, lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui."

ومدى تطبيق هذه المادة محدود فهو مقصور على الحالة التى يكون فيها استعمال الحق بقصد الأضرار ولا يمكن أن يكون لغير ذلك. وعلى ذلك

(١) يراجع بيان أوفى لهذه الحقوق فى جوسران (روح الحقوق) بند٣٠٦؛ وبلانيول وريبير واسمان جـ ٦ بند ٥٧٧.

(٢) توجد دراسة أوفى لهذه القوانين فى ديموج جـ ٤ بند ٦٩٣ وما بعده؛ وجوسران (روح الحقوق) بند ٢٠٦ وما بعده.

إذا تعـددت الأغراض من عمل واحد وكان منها ما يخرج عن الاضرار بالغير كان استعمال الحق مباحا ولا مسئولية على صاحبه (١).

ومن هذا القبيل أيضاً القانون النمساوى فان المـادة ١٢٩٥ من القانون المدنى المعـدلة بالقانون الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩١٦ تنص فى فقرتهـا الثانيـة على أنه يلزم بالتعويض من يستعمل حقه بطريقة تتنافى مع الآداب وبنية ظاهرة فى الاضرار بالغير (٢).

ويقترب القانون المدنى الصينى الجديد الصادر فى سنة ١٩٢٩ من القانون الألمـانى وان كان أكثر توسعاً فى تقدير ما يعتبر اساءة، فتنص المـادة ١٤٨ من هذا القانون على أنه « لا يجوز استعمال الحق إذا كان الغرض الأساسى

---

(١) يراجع ديموج ج ٤ بند ٧٠٠ ؛ وجوسران (روح الحقوق) بند ٢١٢ — ويوجد عدا هذا النص نصوص متعددة وردت فى الأحكام المتعلقة بالحقوق المختلفة وهى خاصة بالاساءة فى استعمال هذه الحقوق، وقد أشار اليها الأستاذ ديموج (المرجع السابق)، وجوسران (المرجع السابق) بند ٢١٠ . وتنص المادة ٨٢٦ من القانون المدنى الألمانى على أن « كل من يحدث بغيره متعمداً ضرراً بطريقة تتعارض مع الآداب يلزم باصلاح هذا الضرر » :

Quiconque, intentionnellement, cause dommage à un autre, d'une manière qui porte atteinte aux bonnes moeurs, est obligé envers cet autre à la réparation du dommage.

وقد حاول بعض الشراح أن يوفقوا بين نص هذه المادة ونص المادة ٢٢٦ فنهم من رأى أن هذه المـادة الأخيرة تحدد مدى ما يقصد بالاساءة بحسب المـادة ٢٢٦ (مذكور بديموج المرجع السـابق) ، ومنهم من يرى أن النصين يتمشيان معاً فأولهما يشمل الاساءة فى استعمال الحقوق المختلفة التى حددها القانون وثانيهما خاص بالاساءة التى تحصل فى القيام بالأعمال التى تعتبر من مظاهر الحرية (جوسران المرجع السابق بند ٢١١) ، ويرى فريق ثالث من الشراح أن لـكل من المـادتين نطاقا خاصاً وأن المـادة ٨٢٦ لا علاقة لها بالاساءة فى استعمال الحق (مذكور بديموج المرجع السابق) ومن هذا الرأى محمود فتحى فى رسالته (سوء استعمال الحقوق فى الشريعة الاسلامية ص ٩) .

(٢) جوسران (روح الحقوق) بند ٢١٣ .

منه هو الاضرار بالغير « L' exercice d'un droit ne peut avoir pour but principal de nuire à autrui. » (١)

وقد ورد فى هذا القانون تطبيقات متعددة لهذا المبدأ فى مواطن متعددة من القانون المدنى (٢).

الفريق الثانى :

من الشرائع الحديثة ما كان أكثر توسعاً فى الأخذ بنظرية الاساءة كقيد للحقوق الفردية من الشرائع السابق ذكرها. ومن هذا الفريق القانون المدنى السويسرى الصادر فى سنة ١٩٠٧ فان الفقرة الثانية من المادة الثانية منه تنص على أن «القانون لا يحمى الاساءة الظاهرة فى استعمال حق من الحقوق»

"L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi."

وطبقاً لهذا النص لا تقتصر الاساءة على الحالة التى يكون استعمال الحق فيها قد قصد به فقط الأضرار بالغير وإنما تتعداه إلى حالات أخرى قد ينتفى فيها قصد الاضرار بتاتاً ومع ذلك لا ينجو صاحب الحق من المسئولية عن عمله إذا رأى القاضى فى عمله هذا ما يعتبر اساءة من وجهة أخرى (٣).

والقانون المدنى التركى الجديد الصادر فى ١٤ ابريل سنة ١٩٢٦ يطابق القانون السويسرى تماما فان المادة الثانية منه هى نفس المادة الثانية من القانون

---

(١) النص الفرنسى ترجمه عن اللغة الصينية Ho Tchang—Chan وطبع فى باريس سنة ١٩٣٠ وبه مقدمة بقلم Foo Ping—Cheung .

(٢) تراجع المقدمة المشار اليها فى الهامش السابق ص ٢٩ — والظاهر أن المشرع الصينى عند ما وضع هذه المادة تنبه إلى النقد الذى وجهه البعض إلى المادة ٢٢٦ من القانون المدنى الألمانى لقصرها المسئولية على الحالة التى لا يمكن أن يكون لاستعمال الحق فيها من غاية سوى الاضرار بالغير ، ولذلك صاغ عبارة المادة ١٤٨ من قانونه بكيفية جعلتها تشمل الحالات التى يحاول فيها صاحب الحق اخفاء قصده السىء من الاضرار بالغير بالتماس منفعة ضئيلة له .

(٣) جوسران (روح الحقوق) بند ٢١٥ .

المدنى السويسرى مع اختلاف بسيط فى صياغة الفقرة الثانية منها فهى فى القانون المدنى التركى :

"L'abus d'un droit qui porterait préjudice à un tiers n'est pas protégé par la loi."

ومؤدى النصين واحد ؛ فان القيد الذى أضافه المشرع التركى ، وهو اشتراط أن يكون هناك ضرر أصاب الغير ، مفهوم ضمناً فى المادة السويسرية من غير حاجة الى النص عليه ، واسقاط وصف «ظاهر» manifeste الذى نعتت به الاساءة فى المادة السويسرية من النص التركى لا يؤثر فى أصل القاعدة[١] .

إلا أن النص الوارد فى هذين القانونين اقتصر على ذكر الاساءة ، ولم يبين القانون ما يعتبر اساءة وما لا يعتبر كذلك ، أى أن مقياس تحديد الاساءة ترك للقضاء ليقرره بحسب الظروف . وقد أدى ذلك الى قلق بعض المؤلفين من ترك هذه السلطة التحكمية للقضاء [٢] .

وليس من هذه القوانين ما يشير بعبارة صريحة إلى تقييد الحقوق بالغرض الاجتماعى منها ، ولكن المشروع الفرنسى الايطالى لتوحيد قواعد القانون فيما يتعلق بالالتزامات والعقود نص على ذلك صراحة فى المادة ٧٤ منه التى تنص على أن : « كل خطأ يتسبب عنه ضرر للغير يوجب مسئولية فاعله عن تعويضه .

وكذلك يلزم بالتعويض من تسبب فى احداث ضرر بالغير بتجاوزه فى استعمال حقه حدود حسن النية أو الغرض الذى من أجله منح الحق»[٣]

---

(١) ولقد تعرض المشرع التركى للاساءة فى بعض الحقوق عند التكلم عليها ومثال ذلك المادة ٢٧٤ من القانون المدنى الخاصة باساءة أى الأبوين سلطته على ولده والمادة ٤٢٧ الخاصة باساءة الوصى سلطته على القاصر .

(٢) ديموج ج ٤ بند ٧٠١ .

(٣) لم يثر تقرير أصل القاعدة من الجدل عند تحضير هذه المادة ما أثارته صياغة عبارة

"Toute faute qui cause un dommage à autrui oblige celui qui l'a commise à la réparer.

Doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant, dans l'exercice de son droit, les limites fixés par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré."

فاذا نفذ هذا المشروع كان فى ذلك تطبيق تشريعى للرأى الذى يجعل مقياس الاساءة فى موافقة العمل للغرض الذى منح الحق من أجله أو مخالفته له .

ج — فى القانون المصرى

استمد المشرع المصرى أحكام قوانين المحاكم المختلطة فى سنة ١٨٧٦ والأهلية فى سنة ١٨٨٣ من القانون الفرنسى فكان من الطبيعى أن لا يكون للحقوق التى تقررها هذه القوانين من المدى أكثر مما يقرره أصلها الفرنسى.(١)

ولقد أقرت المحاكم المصرية نظرية سوء استعمال الحقوق كما طبقها القضاء الفرنسى.(٢) إلا أن المنازعات التى طرحت على القضاء المصرى وعرض فيها

الفقره الثانية منها — وقد هجر واضعو المشروع التعبير الجارى وهو اساءة استعمال الحق "abus du droit" لأنه تعبير مبهم يتناقض لفظاه ؟ (يراجع التقرير الرسمى عن المشروع ص ٨٥ LXXXV) — ويراجع ما ذكر بصحيفة ٦ هامش رقم (٢) .

(١) قالت بذلك صراحة محكمة الاستئناف المختلطة فى حكمها الصادر فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٣ برياسة المستشار « موريوندو » وذلك بمناسبة الكلام فى حق الملكية فقالت ما نصه :

"Qu'en effet du caractère vague et général des dispositions qu'ont défini le droit de propriété et la responsabilité civile à naître en dehors des contrats (art. 27 et 212), l'on ne saurait raisonnablement déduire une intention d'attribuer au droit de propriété un caractère plus absolu que celui qui est reconnu par la généralité des législations étrangères ou par le droit français dont les codes égyptiens se sont plus particulièrement inspirés."

المجموعة الرسمية المختلطة س ٢٨ ص ٢٩٥ .

(٢) ومع ذلك فقد قصرت محكمة الاستئناف المختلطة تطبيق هذه النظرية على الأحوال

تطبيق هذه النظرية لم تكن من التنوع بحيث تتيح فرصة تطبيقها فى كل الحقوق التى طبقها فيها القضاء الفرنسى ؛ فقد اقتصر عرضها فى مصر على حق الملكية ، وحق التقاضى وما يتبعه من الاجراءات القانونية ، وحق الوكيل فى التنحى عن الوكالة ، وحق الحكومة فى فصل كبار الموظفين ، وحق رب العمل فى تسريح عماله ، وبعض الحقوق المتفرعة عن علاقة الأسرة . ومع ذلك فان للقضاء المصرى فى هذا الموضوع — خصوصاً القضاء الأهلى — مجالا خاصاً يختلف فيه عن القضاء الفرنسى . ذلك أن هذا الأخير يطبق قانوناً واحداً متحد القواعد منسجم الأحكام مما يجعل القواعد العامة التى يقرها فى أمر من الأمور تسرى على كل المعاملات القانونية التى يعرض أمرها عليه . والحال على غير ذلك فى مصر فكثيرا ما يعرض على القضاء المصرى حالات يكون مرجعه فى الفصل فيها قوانين الأحوال الشخصية خصوصاً الشريعة الاسلامية ولهذه أحكامها التى كثيراً ما تخالف القواعد التى يقرها القانون المدنى فى أمر من الأمور . ويظهر ذلك بنوع خاص عند البحث فى مدى حق من الحقوق التى تحكمه قواعد الشريعة الاسلامية كحقوق الزوجية فانه يكون من المتعين الرجوع لأحكام الفقه الاسلامى لأنه هو القانون الواجب الاتباع فى مثل هذه الأمور . ومن أجل هذا كان من المتعين البحث فى مدى الحقوق فى الشريعة الاسلامية عموما ومدى كل حق من الحقوق التى تخضع لأحكامها بصفة خاصة لتعرف حد الاباحة وما يعتبر إساءة لا يقرها الشرع الاسلامى وبالتالى القانون المدنى .

التى لا يكون فيها اتفاق بين الطرفين كما يحدث فى اجارة الأشياء عند الاتفاق على تحديد أجل الايجار (وهى المسألة موضوع الحكم) ، فلا يمكن تطبيق نظرية الاساءة على المالك الذى ينبه على المستأجر باخلاء العين المؤجرة عند انتهاء مدة الاجارة المشروطة بالعقد . (استئناف مختلط فى ٣٠ مارس سنة ١٩٢٦ ، «جازت» س ١٧ ص ٢٤ رقم ٢٦) .

وفى مسائل القانون المدنى العامة[١] يكاد يتفق القضاء المصرى مع القضاء الفرنسى كما قدمنا فى الأحكام التى قررها من حيث مدى استعمال الحقوق وما يعد إساءة فى استعمالها.[٢]

فالمحاكم المصرية (المختلطة والأهلية) لا تقر صاحب الحق فى استعماله لحقه إذا لم يكن له قصد من ذلك سوى الاضرار بالغير وبغير أن يكون له مصلحة فى استعماله.[٣] وتذكر الأحكام التى من هذا القبيل الحالتين (حالة قصد

---

(١) قصرنا الكلام فى هذه المقدمة على تطبيق القضاء المصرى لنظرية اساءة استعمال الحقوق فى الحقوق المستمدة من القانون المدنى ولقد أرجأنا الكلام على تطبيقاته لها فى الحقوق الناشئة عن علاقات الأسرة منعاً للتكرار وحتى يمكن بحثها بشىء من التوسع فى المكان المناسب لكل منها .

(٢) أقر القضاء المصرى المختلط والأهلى التعبير الفرنسى « abus de droit » ومرادفه العربى « اساءة استعمال الحق » الا أن بعض المحاكم الأهلية يستبدل به عبارة « الاعتساف فى استعمال الحق » ومنها من استعمل عبارة « الاسراف فى الحق » (من هذا الفريق الأخير استئناف مصر الأهلية فى ١٩٢٧/١/٢٢ المجموعة الرسمية س ٢٨ ص٧٢رقم ٤٥ ؛ والاسكندرية الابتدائية الأهلية فى ٣٢/١٠/٢ المجموعة الرسمية س ٣٤ ص٩٠ رقم ٤٦).

(٣) محكمة الاسكندرية المختلطة فى ٦ فبراير سنة ١٩٢٦ ومحكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ مارس سنة ١٩٢٦ (استئناف الحكم السابق) (جازت س ١٧ ص ٢٤ رقم ٢٦) — محكمة مصر الجزئية المختلطة ٢٤ يونيه سنة ١٩٢٩ (جازت س ٢٠ ص ١٦٦ رقم ١٥٤) — محكة بنى سويف الجزئيـة الأهلية فى ٣ مايو سنة ١٩٢١ (المحاماة السنة الثانية ص ٤٠٣ رقم ١٢٩) — أجا الجزئية ٧ يناير سنة ١٩٢٥ (المحاماة س ٥ ص٧٧٣ رقم ٦٢٨) — أسيوط الابتدائية الأهلية فى ١٦ مارس سنة ١٩٢٥ (المحاماة س ٥ ص ٧٦٠ رقم ٦٢٣) — أسيوط الابتدائية الأهلية فى ٤ يناير سنة ١٩٢٨ (المحاماة س ٩ ص١٠٨ رقم ٦٩) ؛ وقد اقتصرت المحكمة فى هذا الحكم الأخير على ذكر استعمال الحق لمجرد ارضاء الرغبة فى الاضرار بالغير — مصر الكلية الأهلية ٧ مايو سنة ١٩٣٠ (المحاماة س١٣ ص ٥٥١ رقم ٢٨٥) — الزقازيق الكلية الأهليـة فى ١٩ مايو سنة ١٩٢٩ (المحاماة س ١٠ ص ١٨٠ رقم ٩٢) — المنيا الكلية الأهلية ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣١ (المحاماة س ١٢ ص ١٠١٤ رقم ٥٠٨) — استئناف مصر فى ٢٢ يونيه سنة ١٩٣١ (المحاماة س ١٢ ص ٤٤٣ رقم ٢٢٢) — الاسكندرية الابتدائية الأهلية فى ٢ اكتوبر سنة ١٩٣٢ (المجموعة الرسمية س ٣٤ ص ٩٠ رقم ٤٦) .

الأضرار وحالة انتفاء المصلحة) باعتبارهما متلازمتين. والواقع هو أن انتفاء المصلحة فى استعمال حق من الحقوق يدل فى الظاهر على أن القصد من هذا الاستعمال الذى يضر بالغير هو مجرد إحداث الضرر.

وقد أخذت محكمة النقض والابرام المصرية بهذا المبدأ بصدد حق الجواب عن الدعوى بأن قررت « ان الاجابة على الدعوى بانكارها هى فى الأصل حق مشروع لكل مدعى عليه يقتضى بها إلزام خصمه باثبات مدعاه فان سعى بانكاره فى دفع الدعوى وخاب سعيه فحسبه الحكم عليه بالمصاريف بالتطبيق لنص المادة ١١٤ من قانون المرافعات — أما إذا أساء المدعى عليه استعمال هذا الحق بالتمادى فى الانكار أو بالتغالى فيـــه أو بالتحيل به ابتغاء مضارة خصمه فان هذا الحق ينقلب عندئذ مخبثة تجيز للمحكمة الحكم عليه بالتعويضات فى مقابلة المصاريف الناشئة عنه والمترتبة عليه بالتطبيق للمادة ١١٥ من قانون المرافعات »[1].

ولم تقتصر حالات الاساءة كما طبقها القضاء المصرى على استعمال الحق بقصد الاضرار بل قضت المحاكم بأن استعمال الحق بغير مصلحة لصاحبه يعتبر إساءة تستوجب رفع الضرر[2]. ويكون الحكم كذلك ولو انتفى قصـــد الأضرار وإنما وقع من المالك فى استعمال حقه إهمال ترتب عليه هذا الضرر[3]،

(١) نقض مصرى أهلى (الدائرة المدنية والتجارية) فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ (ملحق العدد الأول من السنة الرابعة من مجلة القانون والاقتصاد ص ٤). وتراجع المادة ٣٠ من المرسوم بقانون رقم ٦٨ لسـنة ١٩٣١ بانشاء محكمة النقض والابرام؛ والمادة ١٢٠ مرافعات مختلط المقابلة للمادة ١١٥ أهلى — ومقال الاسـتاذ فيزيوز Vizioz الملحق بمجلة مصر القضائيـة عدد ٦٥ فى ٢١ يناير ١٩٣٤ .

(٢) استئناف مختلط فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ (جازت س ٢٠ ص ١٧٩ رقم ١٦٦ ، بلتان س ٤٢ ص ٢٧)..

(٣) أسيوط الابتدائية الأهلية فى ١٦ مارس سنة ١٩٢٥ والسابق الاشارة اليه. وفى هذا المعنى أيضـا حكم الاستئناف المختلط الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ (جازيت س ١٥ ص ٨٦ رقم ١٢٦) .

أو كان لدى صاحب الحق أكثر من طريق لاستعمال حقه فاختار الطريق الذى يضر بغيره من غير أن يكون له فى ذلك مصلحة خاصة (١).

ومن المحاكم ما اتخذت مقياس الاستعمال المباح للحق فى مطابقته للغاية التى من أجلها قرر الحق. وهذا ماقررته محكمة استئناف مصر الأهلية بدوائرها المجتمعة فيما يتعلق بحق الحكومة فى فصل كبار الموظفين بغير إحالتهم للمحاكمة التأديبية فقد قررت أن هذا الحق مقيد « بحسن استعماله فى حدود المصلحة العامة فاذا ما تجاوزت الحكومة هذه الحدود بأن وجهت أعمالها إلى غير هذه الغاية وكانت الدواعى التى دفعتها إلى مثل هذا التصرف لا يقصد بها إلى المصلحة العامة كإرضاء غرض شخصى أو شهوة حزبيـة عد هذا العمل غير مشروع وخارجاً عن دائرة القانون ولا يمكن اعتباره أساساً لأى حق يبرر تصرف السلطة الادارية وللموظف فى هذه الحالة الحق فى طلب ما يستحقه من التعويض بسبب ما وقع عليه من الضرر الناشىء من سوء استعمال الحكومة لسلطتها وعليه أن يثبت أن الحكومة أساءت استعمال هذا الحق ... الخ (٢).

وقد وضعت بعض الأحكام مقياساً للأساءة مغايرا لكل ما تقدم وهذا المقياس هو « الضرر الفاحش » الذى يصيب الغير. وقد قيل بهذا المقياس

(١) استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ (جازت س٢١ ص ١٩٧ رقم ٢٢٤ ، بلتان س ٤٣ ص ٧٨).

(٢) حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة استئناف مصر فى أول مارس سنة ١٩٢٨ (المحاماة س ٨ ص ٧٥٠ رقم ٤٥٩). وليس هذا الحكم هو الوحيد الذى نظر إلى الحكمة التى ينشدها المشرع من الحق كمقياس لحسن استعماله ؛ فمن الأحكام ما أشـار إلى ضرورة استعمال الحق بطريقـة تتفق « مع الأغراض الاجتماعيـة المنشودة من تقرير الحق فى ذاته » (حكم محكمة الزقازيق الـكلية الأهليـة فى ١٩ مايو سنة ١٩٢٩ السابق الاشارة اليه) ، ومنها ما وصفت « الاعتساف فى استعمال الحق » بأنه « خروج عن أغراضه الاجتماعية الجدية » (حكم محكمة مصر الـكلية الأهلية الصادر فى ٧ مايو سنة ١٩٣٠ والسابق الاشارة اليـه) — ويراجع أيضا من هذا القبيل حكم محكمة الاستئناف المختلط الصادر فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ والسابق الاشارة اليه).

عند الكلام فى حق الملكية فقررت محكمة استئناف مصر أن « للمالك ان يتصرف كيف شاء فى خالص ملكه الذى ليس للغير حق فيه فيعلى حائطه ويبنى ما يريده ما لم يكن تصرفه مضراً بالجار ضرراً فاحشاً» (١). وقد تأثرت المحاكم التى قالت بهذا الرأى بقواعد الفقه الاسلامى (٢) .

---

(١) استئناف مصر فى ٢٦ ابريل سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٣ ص ٣٠١ رقم ١٣٣)؛ وحكم الاستئناف المختلط فى ٣٠ ابريل سنة ١٩٠٣ السابق الاشارة اليه .

(٢) تراجع المادتان ٥٧ و ٥٩ من مرشد الحيران لقدرى باشا . وقد أشار حكم الاستئناف المختلط المشار اليه بالهامش السابق الى أحكام الشريعة الاسلامية كأساس لما قرره .

الفصل الثانى

فى مدى استعمال الحق وما يتقيد به

فى الشريعة الأسلامية

قدمنا ما يدل على أن الفكرة الأساسية التى قامت عليها الحقوق فى التشريع الحديث ترجع إلى أن الانسان يكتسب الأهلية القانونية بمجرد ميلاده باعتباره إنساناً ، وأن مهمة الهيئة المشرعة تقتصر على إقرار هذه الأهلية ، فهى تقرر الحقوق ولا تخلقها . ومقتضى ذلك هو أن تكون الحقوق الفردية أميلّ إلى الاطلاق منها إلى التقييد .

والشريعة الاسلامية — بحكم كونها تشريعاً دينياً يرمى إلى ما يضمن للانسان سعادة الدارين — تختلف فى نظرتها إلى الحقوق عن التشريعات الوضعية الحديثة . فهى تنظر إليها نظرة دينية بحتة أساسها أن الانسان باعتباره عبداً مخلوقا لا يملك حقاً من الحقوق ولكن شاءت إرادة الخالق جل وعلا أن يجعل له ماشاء من الحقوق فضلا منه ونعمة ؛ وبذلك كان الحق منحة إلهية.[1]

وعلى وفق هذا الأساس الدينى قسم فقهاء الشريعة الأفعال بالنسبة إلى حق الله وحق الانسان إلى ما هو حق لله خالص كالعبادات ، وما هو مشتمل على حق الله وحق الانسان والمغلب فيه حق الله ،[2] وما اشترك فيه الحقان

---

(١) يراجع مقال الأستاذ أحمد ابراهيم بك فى مدى استعمال الحق وما يتقيد به فى الشريعة الاسلامية بمجلة كلية الحقوق السنة الثانية العدد الثالث ص ٣ عمود ١ .

(٢) وقد مثلوا لذلك بحد القذف وذلك أن حق الله فيه غالب حيث انه جزاء هتك حرمة العفيف الصالح فيفيد نفعاً عاما أى صون العالم عن الفساد وحق الانسان فيه من حيث ازالة عار المقذوف . يراجع فى ذلك شرح نور الأنوار على المنار الجزء الثانى ص٢١٦، وحاشية اللكنوي المسماة بقمر الأقمار على هامشه .

وحق الانسان فيه هو المغلب.[١] ومن الفقهاء من يذكر نوعا رابعاً من الحقوق على أنها حقوق للعباد خالصة وتشمل ما يتعلق به مصلحة دنيوية (خاصة) كحرمة مال الغير.[٢] إلا أن هذا النوع من الحقوق لا يخلو من حق لله تعالى . فهى من حقه تعالى على النظر الكلى لأن الشريعة مبنية على بيان وجه الشكر فى كل نعمة وبيان وجه الاستمتاع بالنعم مطلقاً.[٣] وفيها أيضا حق لله تعالى من جهة وجه الكسب[٤] ووجه الانتفاع ؛ لأن حق الغير محافظ عليه شرعا أيضا ولا خيرة فيه للانسان فهو حق لله تعالى صرفا فى حق الغير حتى يسقط حقه باختياره فى بعض الجزئيات لا فى الأمر الكلى ، ونفس المكلف أيضا داخلة فى هذا الحق إذ ليس له التسليط على نفسه ولا على عضو من أعضائه بالاتلاف[٥] — وبذلك يتعلق بأفعال الانسان حق لله من وجهين : أحدهما من جهة الوضع الكلى الداخل تحت الضروريات ، والثانى من جهة الوضع التفصيلى الذى يقتضيه العدل بين الناس وإجراء المصلحة على وفق الحكمة البالغة . وفيه حق للانسان من وجهين : أحدهما جهة الجزاء الأخروى من ثواب عليه أو عقاب من أجله ، والثانى جهة أخذه للنعمة على أقصى كمالها فيما يليق بالدنيا.[٦]

ويؤخذ من كل ما تقدم قاعدتان على جانب كبير من الأهمية فى تقرير مدى استعمال الحقوق وهما : —

---

(١) يراجع الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٣١٧ و٣١٨ — ٣٢٠ .

(٢) يراجع شرح المنار وحاشيته المشار اليهما فى الهامش رقم ٢ ص ٢٤ .

(٣) ولذلك لايجوز تحريم ما أحل الله من الطيبات ، وقد قال تعالى « يأيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ... » الآية .

(٤) بالثواب عليه أو العقاب من أجله .

(٥) الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٣٢١ و٣٢٢ .

(٦) الموافقات المرجع السابق ص ٣٢٢ و٣٢٣ .

أولا — ان كل عمل من أعمال الأنسان حتى ما يقوم به باعتباره حقا خالصا له يؤدى عنه حسابه من الناحية الدينية — ولها كل الاعتبار بحسب الشريعة الاسلامية — بحيث يكون له أجره أو عليه وزره .(١)

ثانيا — أن حق الغير محافظ عليه شرعا ولو عند استعمال الانسان لخالص حقه بحيث صار هذا الحق غير مطلق بل هو مقيد بما سن له ورسم حتى لا يكون فيه اعتداء على حق الغير .(٢)

* * *

وقد كان تقرير هذا المبدأ الأخير أساساً للتفرقة فى النتيجة الشرعية للأعمال التى يقوم بها الانسان استعمالا لخالص حقه ؛ ذلك أن العمل الذى يفعله الانسان سواء كان لجلب مصلحة له أو درء مفسدة عنه وكان مأذوناً فيه (أى كان من حقه عمله) قد يترتب عليه ضرر للغير وقد لا يلزم عنه إضرار بأحد . فاذا كان هذا العمل لا يلزم عنه إضرار بأحد فالعمل صحيح ويبقى على أصله من الاذن ولا إشكال فى ذلك .(٣) وليس الحال كذلك إذا كان هذا الفعل يترتب عليه ضرر بالغير ؛ فقد تواترت الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التى تأمر بالعدل والاحسان من جانب ، وتنهى عن الاضرار بالغير من جانب آخر . فمن ذلك قوله تعالى « إن الله يأمر بالعدل والاحسان » (٤)، وقوله تعالى « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين »(٥) ، وقوله تعالى « الطلاق

(١) يراجع فى ذلك احياء علوم الدين للغزالى ج ٢ ص ٧٩ .
(٢) يراجع الموافقات المرجع السابق ص ٣٢٣ هامش رقم ٣ .
(٣) الموافقات للشاطبى ج ٢ ص ٣٤٩ — الا أننا نذكر هذا المبدأ هنا اجمالا لأن الفعل اذا لم يكن مضراً بأحد فليس بصحيح اطلاقا فقد يكون باطلا فى بعض الصور كما لو كان مخالفا للحكمة التى من أجلها قرر الحق الذى فعل العمل تطبيقا له وسيأتى بيان ذلك .
(٤) سورة النحل آية رقم ٩٠ ، ويراجع تفسيرها فى البيضاوى ص٣٦٤ .
(٥) سورة البقرة آية رقم ١٨٠ ، ويراجع تفسيرها فى البيضاوى ص ٣٧؛ والكشاف ج١

مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان »[١] ، وقوله تعالى « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف »[٢] — فهذه الآيات وكثير غيرها تأمر بالاحسان . وفوق ذلك فقد نهى سبحانه وتعالى عن الاضرار فى مواضع كثيرة ومن ذلك قوله تعالى « من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار »[٣]، وقوله تعالى « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون »[٤]، وقوله تعالى « ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا »[٥] ، وغير ذلك من الآيات التى تنهى عن الاضرار بالغير — ومن هذا القبيل ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا ضرر ولا ضرار »[٦] . ويدل ذلك على أن إحداث الضرر ممنوع شرعا .

ص ٢٤٧ ؛ والجامع لأحكام القرآن جـ ٢ ص ٢٣٩ وما بعدها خصوصا ص ٢٤٧ آخر الصحيفة .

(١) سورة البقرة آية رقم ٢٢٩ ، ويراجع تفسيرها فى البيضاوى ص ٥٠ .

(٢) سورة البقرة آية رقم ٢٣١ ، ويراجع تفسيرها فى البيضاوى ص ٥١ .

(٣) سورة النساء الجزء الأخير من الآية رقم ١٢ ، ويراجع تفسيرها فى البيضاوى ص ١٠٥ و١٠٦ — ويراجع كتاب محمود فتحى فى نظرية سوء استعمال الحقوق فى الشريعة الاسلامية ص ١٠٨ وقد أورد آخر الآية خطأ بأن استبدل كلمة رحيم بكلمة حليم .

(٤) سورة البقرة آية رقم ١٨٨ ، ويراجع تفسيرها فى البيضاوى ص ٤٠ ؛ والجامع لأحكام القرآن جـ ٢ ص ٣١٧ وما بعدها .

(٥) سورة البقرة آية رقم ٢٣١ ، ويراجع تفسيرها فى البيضاوى ص ٥١ .

(٦) يراجع اسناد هذا الحديث فى كتاب جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلى ص ٢١٩ — وقد جاء فى لسان العرب عن المعنى اللغوى لهذا الحديث أن « لكل واحد من اللفظين معنى غير الآخر فمعنى قوله لا ضرر أي لا يضر الرجل أخاه وهو ضد النفع وقوله ولا ضرار أى لا يدخل الضرر على الذى ضره ونقل عن ابن الأثير قوله لا ضرر أى لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه والضرار فعال من الضرر أى لا يجازيه على اضراره بادخال الضرر عليه والضرر فعل الواحد والضرار فعل الاثنين والضرر ابتداء الفعل والضرار الجزاء عليه — وقيل الضرر ما تضر به صاحبك وتنتفع أنت به والضرار أن تضره من غير أن تنتفع وقيل هما بمعنى واحد وتكرارهما للتأكيد — يراجع لسان العرب الجزء السادس ص ١٥٣ ؛ وابن رجب ص ٢٢١ ؛ ومقال الأستاذ أحمد ابراهيم بك السابق الاشارة اليه .

على أنه ليس كل ضرر بممنوع فانه يخرج من الحظر بداهة الضرر الذى يصيب من يستحقه شرعا « اما لكونه تعدى حدود الله فيعاقب بقدر جريمته أو كونه ظلم غيره فيطلب المظلوم مقابلته بالعدل فهذا غير مراد قطعا وإنما المراد إلحاق الضرر بغير حق»[١] وحتى مع استبعاد هذه الصورة من الضرر فليس كل ضرر ينتج عن استعمال الانسان لحقه بممنوع شرعا ويقيد صاحب الحق فى استعماله لحقه ؛ وإنما لفقهاء الشريعة فى ذلك تفصيل يختلف بحسب الباعث الذى يدعو صاحب الحق لاستعماله والنتيجة التى يؤدى إليها هذا الاستعمال .

وأول ما يرد للذهن فى هذا المقام هو أن يستعمل صاحب الحق حقه لمجرد الأضرار بالغير ؛ وفى هذه الصورة يمنع صاحب الحق من استعمال حقه لأنه لا إشكال في منع القصد إلى الاضرار من حيث هو إضرار[٢]. والنص على ذلك صريح فى القرآن والسنة كما تقدم — ومن التطبيقات على هذا المبدأ ما أشرنا إليه من منع المضارة فى الوصية بقوله تعالى « من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار » ؛ وقد فسر الاضرار المشار إليه فى هذه الآية بأنه الاضرار بالورثة بالايصاء بما يزيد على الثلث أو أن يقصد الموصى مضارتهم بالوصية لغير الأقارب أو الاسراف فى الوصية وكذلك إقرار الشخص بدين لا يلزمه بقصد مضارة ورثته[٣]. ومن قبيل ذلك أن يتبرع من استغرقت

---

(١) « جامع العلوم والحكم » المرجع السابق ص ٢٢١ .

(٢) الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٣٤٩ ؛ و« جامع العلوم والحكم » ص ٢٢١ .

(٣) يراجع الكشاف ج ١ ص ٣٥٥ ؛ والبيضاوى ص ١٠٥ و١٠٦ ؛ وجامع العلوم والحكم ص ٢٢١ حيث ذكر عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال ان الاضرار فى الوصية من الكبائر وبعد أن أورد معنى الاضرار فى الوصية وتحريم ذلك أشار الى الجزاء الشرعى لهذا الاضرار على فرض وقوعه فقال بأن ما يزيد على الثلث يرد الى الثلث اطلاقا أى سواء قصد المضارة أو لم يقصدها أما لو أوصى لأجنبي بالثلث بقصد مضارة ورثته فانه يأثم وترد الوصية على رأى .

الديون ماله بما يضر بأرباب الديون فهذا التبرع لا يصح سواء حجر عليه الحاكم أو لم يحجر.[١] ولهذا المبدأ تطبيقات أخرى كثيرة فى حقوق الزوجية أرجأنا ذكرها إلى موضعها من البحث منعاً للتكرار.[٢]

هذا اذا كان الفعل مقصودا به مجرد الاضرار بالغير. أما اذا اصطحب قصد الاضرار بقصد نفع النفس من جلب مصلحة أو درء مفسدة كمن يرخص فى سلعته قصدا لطلب معاشه وصحبه قصد الاضرار بالغير ففيه تفصيل؛ ذلك أن صاحب الحق اذا كان له وجه آخر فى استيفاء حقه يحصل به مقصوده ولا ضرر على الغير منه فيلزم باتباع هذا السبيل ويمنع من فعل ما يضر بالغير لان اتيانه العمل الذى يضر بالغير فى هذه الحالة يعد قرينة ظاهرة على أنه يرمى الى الاضرار اذ لا ضرر عليه من اتباع الطريق الذى لا يضر بغيره. وأما اذا لم يكن لديه سبيل آخر لاستيفاء حقه ولم يكن له محيص عن تلك الجهة التى يستضر منها الغير ففى هذه الصورة يكون له أن يفعل ما هو من حقه ومع ذلك يمنع من قصد الاضرار بمعنى أنه يكلف بنفى قصد الاضرار [٣] والا كان عليه أثم ما قصد ديانة [٤]. ومن التطبيقات العملية لهذا المبدأ ما قيل فى بيع المضطر وهو أن ينتهز شخص فرصة اضطرار آخر لشىء فيبيعه اياه بغبن فاحش مما لا يتغابن فيه الناس فهذا البيع ممنوع [٥]. ومن قبيل ما ذكرناه أيضا أن يستعمل صاحب الحق حقه بما يتعدى ضرره الى غيره ويكون الاستعمال على غير الوجه المعتاد، فان صاحب الحق فى هذه

---

(١) وهذا على مذهب الامام مالك وهو أصح المذاهب فى هذا الموضوع. يراجع اعلام الموقعين الجزء الرابع ص ٦.

(٢) تراجع رسالة فتحى ص ٢٣٥ وما بعدها.

(٣) والفرق هنا أنه يكلف بنفى قصد الاضرار لا الاضرار بعينه.

(٤) يراجع فى ذلك الموافقات جـ ٢ ص ٣٤٩.

(٥) يراجع فى ذلك «جامع العلوم والحكم» المرجع السابق ص ٢٢٢.

الحالة يضمن الاضرار التى تلحق بهذا الغير. وقد مثلوا لذلك بمن يؤجج فى أرضه نارا فى يوم عاصف فيحرق ما يليه فانه يعتبر متعديا وعليه الضمان[1]، وكذلك من يكترى دابة فيركبها ركوبا لا تركبه الدواب فهلكت فعليه الضمان [2].

ومن الصور التى تقترب من استعمال الحق بقصد الاضرار صورة ما اذا استعمل الانسان حقه من غير أن يكون له فى ذلك مصلحة وترتب عليه ضرر للغير؛ فعنـــد ذلك يمنع صاحب الحق من استعماله لحقه لانه يعتبر مسيئا [3]. والظاهر أن هذا الحل يرجع الى أن أفعال المكلف لابد وأن تكون لقصد مخصوص ولا يمكن أن تكون لغير قصد لان هذا عبث لا يصدر من عاقل فان تعين أنها لقصد فاما أن يكون هذا القصد جلب منفعة أو درء مضرة وسيأتى حكم ذلك واما أن يكون لقصد الاضرار بالغير وقد تقدم حكمه. فاذا نظرنا الى حالة استعمال الحق حيث لا ينتج عنه فائدة لصاحبه وترتب عليه ضرر بالغير فهذا الفعل من جانب صاحب الحق أقرب الى قصد الاضرار منه الى أى قصد آخر بل يكاد يكون قرينة قاطعة على أن صاحب الحق يقصد مجرد احداث الضرر لانه لا يجلب نفعا ولا يدفع ضررا. وقد ورد تطبيق هذه القاعدة فى الغصب؛ فان الأصل هو أن الغاصب له أن ينزع ما أضافه الى العين المغصوبة ويردها لصاحبها بالحالة التى كانت عليها وقت الغصب والقياس يقتضى اطراد هذا الحل فى جميع الحالات ولو لم يكن للغاصب منفعة من عمله هذا. الا أن المبدأ الذى ارتضاه الفقهاء أخيرا هو أن «كل ما لا ينتفع الغاصب به اذا قلعـه أو أزاله فهو للمغصوب» وبذلك

---

(١) يراجع فى ذلك «جامع العلوم والحكم» المرجع السابق ص ٢٢٣.

(٢) الام للشافعى ج ٣ ص ٢٥٠.

(٣) تراجع رسالة فتحى ص ٢٣٩ وما بعدها.

لايكون للغاصب أن يقلعه أو يزيله (١). ومن ذلك ما لو بنى شخص أو غرس فى أرض غيره باذنه وانتهى الاجل فله أن يقلع غراسه ويهدم بناءه أن لم يدفع له صاحب الأرض قيمة نقضه وغراسه مقلوعا . إلا أنه اذا لم يكن للبانى أو الغارس منفعة فى نقض ما بناه أو قلع ما غرسه فليس له أن يفعل ذلك(٢). ومن ذلك أيضا ما قرره الفقهاء من أن حبس المدين الذى يمتنع عن وفاء دينه بناء على طلب دائنه مشروط بأن يكون المدين موسرا لانه فى هذه الحالة تتحقق الفائدة من الحبس وهو اكراهه على اظهار ما يخفى من أمواله فيوفى دائنه حقه،فاذا ثبت اعسار المدين فلا يجاب الدائن لطلبه حبس مدينه لعدم الفائدة من ذلك(٣). ونجد تطبيقا آخر لهذا المبدأ فى دعوى القسمة فان القاعدة هى أن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحد الشريكين وذلك اذا كان كل من الشريكين ينتفع بنصيبه اذا ما قسم ، أما اذا كان أحدهما ينتفع بالقسمة والآخر يستضربها لقلة نصيبه فانه لا يجوز لصاحب القليل أن يطلب القسمة لأنه يعتبر متعنتاً فى طلبه .(٤)

وأما إذا لم يقصد صاحب الحق باستعمال حقه مضرة أحد وكان الفعل مما ينتج عنه ضرر فقد فرقوا بين ما إذا كان الضرر الذى يحدث عاما أوخاصاً .

ا ــ الضرر العام :

القاعدة الشرعية هى أن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة . فاذا كان استعمال الانسان لحقه ينتج عنه ضرر عام فان صاحب الحق يمنع من

---

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٧٨ — وفى هذا المعنى مختصر المزنى المطبوع على هامش الأم الجزء الثالث ص ٤٠ و٤١ .

(٢) المدونة الكبرى لمالك الجزء الرابع ص ٣٦٢ .

(٣) يراجع فى ذلك معين الحكام ص٢٣٣ ؛ والطرق الحكمية لابن القيم ص٦٢ ؛ ورسالة فتحى فى الموضع السابق الاشارة اليه وقد ذكر تطبيقات أخرى .

(٤) الهداية شرح بداية المبتدى الجزء الرابع ص ٣٤ .

استعماله تلافيا لهذا الضرر . ومن أمثلة ذلك بيع الحاضر للبادى وهو ممنوع بالاتفاق. وصورته أن يقدم غريب بمتاع تعم الحاجة إليه ليبيعه بسعر يومه فيقول أحد أهل البلدة اتركه عندى لأبيعه لك قليلا قليلا بأغلى.[١] ومن ذلك حالة ما إذا غالى التجار فى أثمان بضائعهم وتعدوا القيمة تعديا فاحشا فانه ولو أن البيع لا يكون إلا عن تراض وصاحب السلعة حر فى تحديد القيمة التى يبيعها بها إلا أنه فى هذه الصورة لو ترك الأمر للتجار لنجم عن ذلك ضرر عام ومن أجل ذلك تقرر أن للحاكم أن يحدد السعر بمشورة أهل الرأى ولا فرق فى ذلك بين الأقوات وغيرها دفعا للضرر[٢]. وقد اتفقت المذاهب على أن احتكار الأقوات حرام وهو أن يبتاع طعاما فى الغلاء ويمسكه ليزداد ثمنه[٣]. ولولى الأمر أن يكره المحتكرين على بيع ما عندهم بقيمة المثل عند ضرورة

(١) يراجع فى ذلك كتاب الموافقات للشاطبى ج ٢ ص ٣٥٠ ؛ ورحمة الأمة المطبوع على هامش الميزان الكبرى للشعرانى الجزء الأول ص ١٧٩ ؛ ويراجع كتاب الأم للشافعى الجزء الثالث ص ٨١ و٨٢ فى باب بيع الحاضر للبادى . وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن تلقى الركبان وهم الذين يجلبون الطعام إلى البلد . والنهى لصيانتهم من الخديعة لعدم معرفتهم السعر ؛ وكذلك نهى عن بيع الحاضر للبادى . والحكمة فى الأمرين واحدة — يراجع بلوغ المرام حديث رقم ٨٢٧ ص ١٦٤ وهامش رقم ٤ ؛ والطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٢٢ .

(٢) يراجع مقال الأستاذ أحمد ابراهيم بك السابق الاشارة اليه ص٧ عمود رقم١ — وهذا الرأى هو ما ذهب اليه الامام مالك وهو يرمى بذلك إلى سد باب الجور على الناس وقد خالف الامامان الشافعى وأبو حنيفه الامام مالكا فى ذلك وقالا بعدم جواز التسعير ووجه قولهما هو سد باب التحكم على الناس فى أموالهم التى لهم حق التصرف فيها كيف شاءوا ولو كثرت الفائدة — يراجع فى ذلك الميزان الكبرى للشعرانى ج ٢ ص ٦٠ ؛ ورحمة الأمة المطبوع على هامشه ج ١ ص ١٧٩ — والذى يظهر لنا هو أن كلا من أصحاب الرأيين نظر إلى المسألة من وجه يختلف عن وجهة نظر الفريق الثانى فمن منع التسعير نظر اليها من حيث كثرة الفائدة التى تعود على البائع وهو أمر جائز فمنعوا التسعير ونظر مالك الى الضرر العام الذى يحدث من التحكم فى الأسعار فأجاز التسعير منعا لهذا الضرر — ومع ذلك فقد أجاز أصحاب أبى حنيفة للسلطان أن يسعر على الناس اذا كان فى ذلك منع الضرر عن العامة . يراجع الطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٤١ .

(٣) رحمة الأمة المرجع السابق الاشارة اليه .

الناس إليه .[١] ومن هذا القبيل أيضا ما قاله ابن قيم الجوزية من أنه ينبغي لوالى الحسبة أن يمنع اشتراك كل طائفة يحتاج الناس إلى منافعهم لما فى ذلك من التواطؤ على إغلاء الأجرة . وكذلك إذا تواطأت الطائفة التى تشترى نوعا من السلع أو تبيعها على أن يهضموا ما يشترونه فيشترونه بدون ثمن المثل ويبيعوا مايبيعونه بأكثر من ثمن المثل ويقتسموا ما يشتركون فيه من الزيادة ؛ فانهم لا يقرون على ذلك[٢] . والحكمة فى كل ذلك هى تفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة . فيمنع صاحب الحق من استعماله لحقه إذا كان يترتب عليه ضرر عام ولو لم يقصد هذا الضرر [٣]. إلا أن هذه القاعدة العامة القاضية بمنع صاحب الحق من استعماله لحقه إذا ترتب عليه ضرر عام مشروطة بأن لا يصيب صاحب الحق من منعه من استعماله لحقه ضرر لا ينجبر وإلا قدم حقه على الاطلاق[٤] . وقد مثلوا للضرر الذى لا ينجبر بما يكون فيه فقد الحياة أو عضو من أعضائه . [٥]

ب — الضرر الخاص :

وأما إذا كان الضرر الذى يحدث عن الفعل خاصا فان صاحب الحق له أن يستعمل حقه إذا كان منعه من ذلك يحدث به ضرراً ؛ لأنه يكون محتاجا إلى فعله ، كمن يسبق إلى شراء طعام أو ما يحتاج إليه وهو يعلم أن غيره يستضر بعدمه وهو يستضر إذا أخذ منه، ففى هذه الصورة يقدم حقه على حق الغير.[٦]

(١) الطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٢٢ .

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٢٥ و٢٢٦ .

(٣) وقد نص على هذه القاعدة فى مجلة الأحكام العدلية فى المادة ٢٦ ونصها : « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام يتفرع على هذا منع الطبيب الجاهل » .

(٤) الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٣٤٩ و٣٥٠ وهامشها رقم ١ .

(٥) تراجع الحاشية رقم ٣ من ص ٣٤٩ من الجزء الثانى من الموافقات للشاطبي .

(٦) الموافقات للشاطبي الجزء الثانى ص ٣٤٨ و٣٥٠ — ٣٥٧ .

فاذا كان منع صاحب الحق عن استعماله لا يحدث به ضررا ففيه لعلماء الشريعة الاسلامية قولان : —

الأول — وقد قال به الامامان مالك وأحمد، أن صاحب الحق يمنع من استعماله لحقه وذلك إذا كان الفعل مما يحدث عنه ضرر للغير قطعاً (والمقصود بالقطع هنا هو القطع العادى)؛ وذلك لأن صاحب الحق يعلم بلزوم المضرة بالغير من عمله ومع ذلك لا يستضر هو بتركه وفى هذا مظنة لقصد الاضرار ويرجع فعله فى هذه الحالة إما إلى التقصير فى استعمال حقه أو إلى قصد نفس الاضرار وكلاهما ممنوع ومن أجل ذلك يكون ممنوعا من الفعل وأن فعله عد متعديا بفعله ويضمن ضمان المتعدى على الجملة وينظر فى الضمان بحسب النفوس والأموال على مايليق بكل حالة.[(١)] ومن الأحكام التى جاءت تطبيقا لهذا المبدأ ما قيل فيمن يغصب له خشب ويوضع هذا الخشب فى بناء سفينة وأراد المغصوب أن يأخذ خشبه والسفينة فى لجة البحر فلا يكون له ذلك لتحقق الضرر من ذلك.[(٢)]

وكذلك الحكم اذا كان حدوث الضرر عن الفعل غالبا لأن الظن فى وقوع الضرر فى هذه الصورة يجرى مجرى العلم بوقوعه. وقد مثلوا لذلك ببيع ما يغش به ممن شأنه الغش أو بيع السلاح فى وقت الفتنة وقد منعوه سداً للذرائع [(٣)] ولكونه داخلا فى التعاون على الأثم والعدوان

(١) الموافقات للشاطبى جـ ٢ ص ٣٥٧ و٣٥٨ .

(٢) الميزان الكبرى للشعرانى جـ ٢ ص ٧٥ ؛ ورحمة الأمة جـ ١ ص ٢٧ .

(٣) جمع ذريعة وهى الوسيلة للشىء . ومعنى ذلك حسم مادة وسائل الفساد دفعاً له فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة الى المفسدة منعنا من ذلك الفعل . واشتهر أن القول بسد الذرائع من خصائص مذهب مالك رحمه الله (الموافقات جـ ٤ ص ١٩٨) وقد حقق القرافى أنه مشترك بين المذاهب — تراجع رسالة الامام نجم الدين الطوفى الحنبلى المتوفى سنة ٧١٦ هـ فى المصالح المرسلة والمنشورة بمجلة المنار المجلد التاسع ص ٧٤٨ حاشية رقم ٣ للشيخ جمال الدين القاسمى . ويراجع ابن تيمية : «اقامة الدليل على ابطال التحليل» ص ١٣٨ وما بعدها .

المنهى عنه [١] .

وأما إذا كان أداء العمل إلى الضرر نادراً فلا يمنع صاحبه لانه لاعبرة للنادر فى تقرير الأحكام [٢] . وإن كان العمل يؤدى للضرر فى حالات كثيرة وليس غالباً فالبعض يقول بجوازه على اعتبار أن حدوث الضرر احتمالى فقد يقع وقد لايقع ولا توجد قرينة ترجح أحد الاحتمالين . ويرى البعض الآخر منعه سداً للذرائع [٣] .

ومن الأفعال التى ينطبق عليها رأى هذا الفريق الأول من الفقهاء أن يفتح شخص كوة فى بنائه العالى مشرفة على جاره أو يبنى بناء عاليا يشرف على جاره ولا يستره فانه يلزم بستره — وكذلك الحال فيما لو ارتفع ببنائه حتى منع عن جاره الشمس أو الريح — أو يحفر بئراً بالقرب من بئر جاره فيذهب ماؤها فانها تطم فى ظاهر مذهب مالك وأحمد — أو يحدث فى ملكه ما يضر ملك جاره من هز أو دق ونحوهما فانه يمنع منه وكذا إذا كان يضر بالسكان كما له رائحة خبيثة ونحو ذلك [٤] . ومن هذا القبيل أيضاً ما تقرر من أن لصاحب السفل فى الدار المشتركة أن يحدث فى سفله ما لا يضر بصاحب العلو والمدار فى المنع أو الاباحة هو حدوث الضرر أو امتناعه [٥].

الثانى — وهو قول الامامين أبى حنيفة والشافعى - لايمنع صاحب الحق من استعماله لحقه فى صورة الضرر الخاص . ومن ذلك ماذكر فى فتح القدير ،

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٣٥٩ و٣٦٠ .

(٢) الموافقات جـ ٢ ص ٣٥٨ و٣٥٩ .

(٣) الموافقات جـ ٢ ص ٣٦١ وما بعدها .

(٤) يراجع كل ذلك فى كتاب جامع العلوم والحكم وأمثلة كثيرة أخرى من هذا القبيل تطبيقا لهذا المبدأ ص ٢٢٣ و٢٢٤ — وتراجع المدونة الجزء الرابع ص ٣٧٧ و ٣٧٨ ؛ ورسالة فتحى ص ٢٣٥ — ٢٣٩ وقد ذكر هذه الأمثلة عند الكلام على استعمال الحق بقصد الاضرار والواقع أن وضعها هنا أولى .

(٥) يراجع الزيلعى جـ ٤ ص ١٩٤ و١٩٥ .

وخلاصته : «رجل أصاب ساحة فى القسمة فأراد أن يبنيها ويرفع بناءها وأراد الآخر منعه وقال تسد على الريح والشمس له أن يرفع بناءه وله أن يتخذ فيه حماما أو تنوراً وإن كف عما يؤذى جاره فهو حسن ولا يجبر على ذلك . ولو فتح صاحب البناء فى علو بنائه بابا أو كوة لم يكن لصاحب الســـاحة منعه ولصاحب الساحة أن يبنى فى ملكه ما يستر مهبه ولو اتخذ بئراً فى ملكه أو بالوعة فنز منها حائط جاره وطلب جاره منه تحويله لم يجبر عليه فان سقط هذا الحائط لا يضمن . هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية وحكى عن ابى حنيفة أن رجلا شكا اليه من بئر حفرها جاره فى داره فقال احفر فى دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل فنجست البئر فكبسها صاحبها ولم يفته بمنع الحافر بل هداه الى هذه الحيلة . ولو اتخذ داره حظيرة للغنم والجيران يتأذون من نتن السرقين ولا يأمنون الرعاة ليس لهم فى الحكم منعه وبه قال الشافعى وأحمد »[1] .

الا أن هذا القول لم يسلم على اطلاقه فقد استقر الرأى أخيراً بناء على فتوى الاكثرين أنه اذا كان استعمال الحق ينتج عنه ضرر فاحش منع صاحب الحق من استعماله وذلك استناداً على الحديث الشريف « لاضرر

(١) يراجع شرح فتح القدير جـ ٥ ص٥٠٦ — ومقالة الأستاذ أحمد ابراهيم بك السابق الاشارة اليها ص ٤ — ويلاحظ أنه ذكر هنا أن هذا مذهب الامام أحمد وقد ورد عكس هذا القول فى كتاب جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلى ص ٢٢٣ وهذا المؤلف من أتباع الامام أحمد وقد أشرنا الى قوله من قبل . ولعلها رواية أخرى . ويقارن ما ذكر بالمتن بما نص عليه الامام الشافعى من أنه لا يبطل بيع شخص سلاحاً لمن يراه يقتل به ظلماً أو بيعه عنباً ممن يراه أنه يعصره خمراً وذلك لاحتمال أن لا يفعل المشترى فى الحالتين ما من شأنه أن يفعله وذكر فقط أنه يكره ذلك ولكنه لا يبطله (الام جـ ٣ ص ٦٥) . وفى هذا القول ما يقرب من أقوال الفريق الأول من الفقهاء الذى يبطل العمل إذا كان أداؤه للمفسدة قطعيا إذ يقول الشافعى انه لا يبطل العمل لاحتمال عدم وقوع ما يخشى من الضرر ومفهوم ذلك أنه إذا تحقق الضرر بحيث لا يكون هناك احتمال بعدم وقوعه فانه يبطله لأن حجته فى تصحيح العمل تسقط .

ولاضرار» . ومن أمثلة الضرر الفاحش ما يؤدى الى هدم بيت الجار ، ومنه ما اذا كان لرجل دار مجاورة لدور الآخرين فأراد صاحب الدار أن يبنى فيها تنورا للخبز الدائم أو رحى للطحن أو مدقة للقصارين فانه يمنع من كل ذلك لتضرر الجيران به ضرراً فاحشا (١) . وقد لخص صاحب شرح فتح القدير تلك القاعدة بقوله : «والحاصل أن القياس فى جنس هذه المسائل أن يفعل صاحب الملك ما بدا له مطلقا لانه يتصرف فى خالص ملكه وان كان يلحق الضرر بغيره لكن يترك القياس فى موضع يتعدى ضرره الى غيره ضررا فاحشا» (٢) .

وقد نص صاحب مرشد الحيران (٣) على هذه القاعدة فى المادة ٥٧ بقوله : «للمالك أن يتصرف كيف يشاء فى خالص ملكه الذى ليس للغير حق فيه فيعلى حائطه ويبنى مايريده ما لم يكن تصرفه مضرا بالجار ضررا فاحشا» . وعرّف الضرر الفاحش فى المادة ٥٩ بقوله : «الضرر الفاحش ما يكون سبباً لوهن البناء أوهدمه أو يمنع الحوائج الاصلية أى المنافع المقصودة من البناء وأما ما يمنع المنافع التى ليست من الحوائج الاصلية فليس بضرر فاحش» . وان «سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضرراً فاحشاً فلا يسوغ لأحد احداث بناء يسد به شباك بيت جاره سداً يمنع الضوء عنه وان فعل ذلك فللجار أن يكلفه رفع البناء دفعا للضرر عنه» (مادة ٦١) . وان «رؤية المحل الذى هو مقر للنساء يعد ضرراً فاحشا فلا يسوغ احداث شباك أو

(١) مقال الأستاذ أحمد ابراهيم بك السابق الاشارة اليه ص ٤ عمود ٢ وص ٥ عمود ١ ؛ وشرح فتح القدير فى الموضع السابق الاشارة اليه .

(٢) شرح فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠٦ — وذكر ابن عابدين نفس القاعدة بعبارة تكاد تكون مطابقة لعبارة فتح القدير ، يراجع ابن عابدين جـ ٤ ص ٥٠١ — وكذلك فعل الزيلعى جـ ٤ ص ١٩٦ ، وذكر كل منهما تطبيقات لهذه القاعدة . وتراجع رسالة فتحى ص ٢٤٦ و٢٤٧ .

(٣) مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان للمرحوم محمد قدرى باشا .

بناء يجعل فيه شبا كا للنظر مطلا على محل نساء جاره وان أحدث ذلك يؤمر برفع الضرر اما بسد الشباك أو ببناء ساتر فان كان الشباك المحدث مرتفعا فوق قامة الانسان فليس للجار طلب سده » (مادة ٦٢) . ونص فى المادة ٦٠ على أنه « يزال الضرر الفاحش سواء كان قديماً أو حادثا . »

وقد يؤدى تطبيق هذا المبدأ فى بعض الصور الى منع صاحب الحق من استعماله مطلقاً بما يعتبر اهدارا لحقه مع تعويضه عنه وذلك اذا كان استعماله له يؤدى الى ضرر جسيم بآخر وكان من الممكن تعويض صاحب الحق عن حقه اذا لم يستعمله ولا يمكن دفع الضرر الفاحش الذى يلحق بالغير بطريقة أخرى . ومن ذلك حالة ما اذا اغتصب شخص أخشابا وأدخلها فى بناء له فان الاصل هو أن لصاحب الخشب أن يطلب رد خشبه اليه وبذلك يجبر الغاصب على هدم ما بناه ، الا أن الحل الذى ارتضاه أغلبية الفقهاء هو أنه اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الخشب فان ملك صاحب الخشب يزول ويعوضه الغاصب عن ذلك ولا يكون لمالك الخشب أن يلزم الغاصب نقض بنائه . والعلة التى ذكروها تبريراً لهذا الحل الذى يخالف القاعدة الأصلية هى أن البانى إذا ألزم بازالة بنائه أصابه ضرر محض لا ينجبر وأما ضرر مالك الأخشاب فى هذه الحالة فمجبور بما يدفعه له البانى من التعويض فيجب أن يتحمل الضرر المجبور دفعاً للضرر الذى لا ينجبر عملا بالقاعدة القاضية بتحمل أهون الضررين (١) .

* * *

ذكرنا فى صدر الموضوع أن « حق الغير محافظ عليه شرعا ولو عند استعمال الانسان لخالص حقه » وقلنا إن هذه القاعدة كانت من عوامل تقييد

---

(١) يراجع فى ذلك قاضى زاده « نتائج الافكار فى كشف الرموز والأسرار » الجزء السابع ص ٣٧٩ و ٣٨٠ .

الحقوق الفردية بحسب الشريعة الاسلامية . إلا أن هذه القاعدة ترجع إلى قاعدة أساسية أخرى فى الشريعة الاسلامية هى قوام الحقوق الفردية ؛ ذلك أن الحقوق بحسب الشريعة منحت للانسان لتحقيق أغراض خاصة يجب أن يتجه اليها قصد المكلف حتى يكون عمله مطابقاً للشريعة فان «قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده فى العمل موافقاً لقصده فى التشريع »[1] « فكل من ابتغى فى تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله فى المناقضة باطل فمن ابتغى فى التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل »[2] فمقياس صحة العمل وفساده بحسب الشريعة الاسلامية هو مطابقة هذا العمل أو مخالفته للحكمة الغائية التى من أجلها شرع الحق الذى كان أساساً للعمل محل النظر[3] . ومن الواضح أن محل هذا المقياس هو نية المكلف عند قيامه بالعمل . ويظهر أساس هذه النظرية فى الفقه الاسلامى مما قاله فقهاء الشريعة عن النية وأثرها فى أعمال الانسان فقد قرروا أنها قوام الأعمال يصح العمل تبعاً لها ويبطل كذلك ولو كان فى ظاهره مطابقاً لأحكام الشريعة[4] . ومن هذا القبيل ما قاله الامام ابن قيم الجوزية من « أن النية روح العمل ولبه وقوامه وهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها»[5] ، وأن الانسان إذا قصد بفعله ما لا يجوز قصده كالتكلم بنكحت وتزوجت يقصد التحليل (أى تحليل المرأة المطلقة ثلاثا لزوجها السابق) وبعت واشتريت يقصد الربا وما أشبه ذلك فلا يحصل له مقصوده الذى

---

(١) الموافقات للشاطبي جـ ٢ ص ٣٣١ وقد ذكر تعليل هذه القاعدة فليراجع .

(٢) الموافقات المرجع السابق ص ٣٣٣ وما بعدها حيث ذكر هذه القاعدة وتعليلها ؛ ويراجع أيضاً ابن تيمية : « اقامة الدليل على ابطال التحليل » ص ١٤ .

(٣) يراجع فى هذا المعنى رسالة فتحى ص ٢٢٤ وما بعدها .

(٤) يراجع فى التدليل على ذلك ما كتبه الامام ابن تيمية فى كتابه اقامة الدليل على ابطال التحليل ص ٣٩ وما بعدها .

(٥) اعلام الموقعين جـ ٣ ص ٩٨ .

قصده وجعل ظاهر اللفظ وسيلة اليه (١) . وأساس ذلك الحديث الشريف « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء مانوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته الى ما هاجر اليه » (٢) .

الا أنه وان كان اجماع فقهاء الشريعة الاسلامية منعقداً على أن النية تؤثر فى صحة الأعمال ديانة فانهم لم يتفقوا على أثرها هذا قضاء . فالامام الشافعى رضى الله عنه لا يجعل للنية فى الحكم القضائى تأثيراً على صحة الأعمال وفسادها (٣) — على أن هذا الرأى الذى ذهب اليه الامام الشافعى

---

(١) اعلام الموقعين المرجع السابق ص ١٠٧ ؛ ويراجع أيضاً الموافقات للشاطبي ج٢ ص ٣٣٥ ؛ ويراجع فى هذا المعنى أيضاً ما كتبه الامام ابن تيمية فى كتابه « اقامة الدليل على ابطال التحليل » ص ١٣ و١٤ .

(٢) يراجع هذا الحديث وشرحه وتطبيقاته فى جامع العلوم والحكم ص ٤ — ١٥ . ويراجع ابن تيمية : اقامة الدليل على ابطال التحليل ص ٢٢ حيث استدل به على ابطال الحيل عموماً .

(٣) ولعل هذا هو السبب فى اختلاف آرائه عن آراء جمهور فقهاء الشريعة مما أشرنا اليه فى سياق ما تقدم من الموضوع — ووجه قول الشافعى الذى أشرنا اليه فى المتن أن «الله تولى السرائر وعاقب عليها ولم يجعل لأحد من خلقه الحكم إلا على العلانية فاذا حكم الحاكم بالظاهر الذى جعل اليه لم يتعاط الباطن الذى تولى الله دونه واذا حكم والمحكوم له يعلم أن ما حكم له به حق فى الظاهر عند الحاكم وباطل فى علمه دون الحاكم لم يكن له أن يأخذه وأخذه حرام عليه ولا يحل حاكم شيئاً ولا يحرمه وانما الحكم على الظاهر كما وصفنا» يراجع كتاب الأم ج ٦ ص ١٩٩ — وطبق هذه القاعدة على العقود بقوله « أصل ما أذهب اليه أن كل عقد كان صحيحا فى الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع وكما أكره للرجل أن يشترى السيف على أن يقتل به ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلما لأنه قد لا يقتل به ولا أفسد عليه هذا البيع وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمراً ولا أفسد البيع إذا باعه اياه لأنه باعه حلالا وقد يمكن أن لا يجعله خمراً أبداً وفى صاحب السيف أن لا يقتل به أحداً أبداً وكما أفسد نكاح المتعة ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوى ألا يمسكها الا يوماً أو أقل أو أكثر لم أفسد النكاح انما أفسده أبداً بالعقد الفاسد» كتاب الأم ج ٣ ص ٦٥ باب النهى عن بيع الكراع والسلاح فى الفتنة — وتراجع رسالة فتحى ص ١٨٣

لم يسد بين الفقهـــاء حتى أن من أتباع الشافعى من خالف إمامه فى ذلك، كالامام الغزالى فقد أبان فى كتابه « احياء علوم الدين » الآداب التى يلزم اتباعها عند استعمال الانسان لحقه حتى يكون عمله مطابقا للشريعة مبنى ومعنى . وتدور آراؤه فى ذلك حول القاعدة الأصلية التى أشرنا اليها وهى أن الحقوق الفردية والأعمال الشرعية لم تجعل ليستعملها الانسان حسب أهوائه وبغير رقيب وانما وضعت وسيلة لتحقيق أغراض اجتماعية خاصة فما وافق غايتها الاجتماعية من الأعمال كان صحيحا وماخرج عن هذه الغاية كان باطلا (١) . وحتى الامام الشافعى نفسه قد خرج عن نظريته فى حالات سيأتى ذكرها فى موضعها من حقوق الزوجية .

وبالتأمل فى التطبيقات التى ذكرناها فى تقييد الحقوق نجدها كلها تطبيقاً لتلك القاعدة وهى وجوب مطابقة العمل للحكمة الغائية التى من أجلها وجد الحق الذى جاء العمل تطبيقاً له . فالأعمال التى يقصد بها مجرد الاضرار بالغير والتى لامنفعة منها لمن يقوم بها والتى ينجم عنها ضرر عام أو ضرر فاحش كلها تتنافى مع حكمة تشريع الحقوق التى جاءت هذه الأعمال تطبيقاً لها . وحتى الأعمال التى تحدث بالغير ضررا ليس بفاحش يمكن القول بأنها تتناقض مع حكمة التشريع أيضا مادمنا قد قررنا أن حق الغير محافظ عليه

وما بعدها — وقد تصدى الامام ابن قيم الجوزية للرد على الامام الشافعى فى هذا فليراجع فى اعلام الموقعين الجزء الثالث ص ٩٢ وما بعدها ؛ ويراجع فى ذلك أيضا ابن تيمية : اقامة الدليل على ابطال التحليل ص ٢٢٧ وما بعدها ؛ وتراجع رسالة فتحى ص ٢١٠ وما بعدها — وظاهر من قول الشافعى أنه لا ينفى كل أثر للنية فى أعمال الانسان وانما ينكر هذا الأثر من الناحية القضائية فقط مع اقراره لأثرها فى الأعمـال ديانة وأنه لا يؤاخذ المـكلف فى الحكم بنيته لاحتمال تخلف مانواه — يراجع ماذكرناه بهامش رقم ١ ص ٣٦ .

(١) تراجع رسالة فتحى ص ١٩٤ — ٢٠٥ حيث أفاض فى شرح نظرية الامام الغزالى خصوصا ص ١٩٨ و١٩٩ — ويراجع كتاب آداب الـكسب والمعاش فى احياء علوم الدين للغزالى الجزء الثانى ص ٥٥ — ٧٩ .

شرعا ولو عند استعمال الانسان لخالص حقه — ولم يقتصر تطبيق هذه القاعدة على استعمال الحق بالنسبة للغير وانما عم طرق استعمال الحقوق حتى قيدها لمصلحة صاحب الحق نفسه ولو لم ينتج عن عمله ضرر بالغير كتصرفات السفيه ؛ فان الحجر للسفه شرع عند من يجيزه — ويلاحظ أن الامام الشافعى يقول بجوازه — [١] لمصلحة الشخص نفسه وصيانة له من سوء تصرفه فى أمواله وقد فسروا السفه بأنه تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع أو العقل ولو كان ذلك فى فعل الخير [٢]. وكذلك طبقت هذه القاعدة فى حالات ليس فيها ضرر بشخص معين وإنما لمجرد مخالفة العمل لحكمة الشريعة والغرض المقصود من العمل الشرعى فى ذاته ومن ذلك ابطال نكاح التحليل على ما سيأتى . وسنجد تطبيق هذه القاعدة ظاهراً فيما يلى عند تخصيص البحث بحقوق الزوجية .

***

مقارنة النظرية القانونية بالنظرية الشرعية

الآن وقد فرغنا من التكلم على نظرية سوء استعمال الحقوق فى الشريعة الاسلامية يمكننا أن نقارن تلك النظرية الفقهية بمثيلتها فى التشريع الحديث — وقبل أن نتعرض لهذا الموضوع يجدر بنا أن نشير الى أن النظرية الحديثة كما صورها محبذوها والداعون اليها لاتزال موضع الجدل ولم يستقر عليها الفقه القانونى استقرار يجعلها بمثابة القواعد الثابتة التى يبنى عليها الفقه الحديث كغيرها من الاصول القانونية — ويظهر لمن يتتبع تطبيقاتها المختلفة فى مختلف الحقوق أن مجال تطبيقها فى اتساع وأنه لايزال هناك حقوق استبعد

---

(١) يراجع كتاب الأم الجزء الثالث ص ١٩٤ و١٩٥ .

(٢) يراجع ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٦ ؛ وتراجع رسالة فتحى ص ٢٣١ وما بعدها .

الفقه والقضاء تلك النظرية عنها ، وهذا شأن القواعد التى لاتزال فى دور التكوين والتمحيص . كما يظهر من تتبع القوانين الحديثة المختلفة أن القوانين التى صدرت أخيراً جاءت أكثر توسعاً فى الاخذ بهذه النظرية مما سبقها . وفى هذا ما يدل على أن قواعدها لم تستقر استقراراً نجعلهـا بمنأى عن الجدل خصوصاً اذا لوحظ أن قواعد التشريع العامة تـكاد تتحد فى قوانين العالم المتمدين — أما النظرية الشرعية فقد استقرت أحكامهـا منذ أمد بعيد حتى أصبحت من الأصول التى يبنى عليها الفقه الاسلامى عموما .

ومن استعراض الاحكام التى تقدمت لـكل من النظريتين وتطبيقاتهما يتبين أن مجـال النظرية الشرعية الاسلامية أوسع فى التطبيق وأثرها أبعد فى تقييد الحقوق بما فيه محافظة على مصلحة الجماعة والافراد من نظريتها فى القوانين الحديثة للاسباب الآتية —

أولا — اختلاف نظرية الحق فى القانون عنها فى الشريعة الاسلامية — فأساس التشريع الحديث كما قلنا هو أن الحقوق الفردية فى نظر الشرع الوضعى من خصائص شخصية الانسان توجد بوجوده ، وفى هذا المعنى جاء اعلان حقوق الانسان كما مر بنا — وأما الحقوق فى نظر المشرع الاسلامى فمعتبرة منحة تقيدها القواعد الدينيه والأخلاقية التى رسمها مانح الحقوق . وبمجرد مقارنة الأساس فى كل من النظريتين يتبين منه أن الحقوق الفردية فى القانون أميل الى الاطلاق وعلى العكس من ذلك فى الشريعة الاسلامية فهى أميل الى التقييد .

ثانياً — يكاد يتفق فقهاء القـــانون الحديث على أن هناك حداً يفصل القانون عن الأخلاق وأنهما وان كانا يشتركان فى كثير من الحالات فان لـكل منهما مجاله المستقل حتى أن من المؤلفين من اعترض على نظرية سوء استعمال الحقوق استناداً على أنها تخلط القانون بالأخلاق[1] — أما

(١) يراجع جوسران : « روح الحقوق » ص ٣٢٤ بند ٢٥٤ .

الشريعة الاسلامية فبحكم كونها تشريعاً دينيا ، تدعو بطبيعتها الى الأخلاق ولاتخلى قواعدها التشريعية من وجوب مراعاتها — وفى ذلك مايقوى أساس النظرية الشرعية ويجعلها أوسع مجالا (١) .

ثالثا — يدخل فى نطاق النظرية الشرعية الاسلامية أحكام يرجعها فقهاء التشريع الحديث الى نظريات قانونية أخرى نشأت وتكونت قبل أن يفكر أحد فى نظرية سوء استعمال الحقوق (٢) . فان من مراجعة التطبيقات الشرعية لهذه النظرية كما تقدم يتبين أنها تشمل ما يدخل فى القوانين الحديثة تحت أبواب أخرى من الفقه كنزع الملكية للمنافع العامة والتزامات الجوار والقيود الادارية على حقوق الأفراد لحماية الجماعة أو أفراد آخرين والارتفاقات القانونية والمسئولية الناشئة عن استغلال المحال الخطرة والمضرة بالصحة والمقلقة للراحة التى ترجع فى أساسها الى نظرية المسئولية الناشئة من مخاطر العمل "Théorie de la responsabilité du risque crée" وهى نظرية جديدة فى الفقه الحديث أقرت فى بعض تطبيقاتها ولم تتخذ كأساس للمسئولية المدنية . وشمول نظرية سوء استعمال الحقوق فى الشريعة الاسلامية لكل هذه الأحكام يجعل مجال تطبيقها متسعاً . وفى هذا تختلف اختلافا كبيراً عن النظرية الفرنسية الحديثة (٣) .

رابعاً — سنرى عند التكلم على جزاء الاساءة فى استعمال الحق أن ما فرضته الشريعة الاسلامية من ذلك أكثر تنوعا وأقوى أثراً مما يقره القانون .

* * *

---

(١) رسالة فتحى ص ٧٤ و٧٥ .

(٢) يراجع فى تفصيل ذلك رسالة فتحى ص ٣٧ و٣٨ و٤٧ وما بعدها .

(٣) يراجع جوسران : « روح الحقوق » بند ١٥ و١٦ .

تلك هى القواعد العامة التى يتقيد بها استعمال الحقوق على وجه العموم طبقا لما عليه حال التشريعات الحديثة، ومنها القانون المصرى، وما قرره فقهاء الشريعة الاسلامية. ويلاحظ أن مجال الالتجاء الى هذه القيود يضيق كلما كان الحق محدداً فى نطاقه تحديداً ماديا كافيا بل قد يغنى تحديد نطاق الحق فى التشريع عن محاولة تقييده بالالتجاء الى هذه القيود [1].

وحقوق الزوجية — كغيرها من الحقوق — تخضع فى استعمالها لما تقدم من القيود. الا أنها تتميز عن غيرها بأنها أكثر الحقوق تعرضاً للاساءة فى استعمالها؛ لأنها بحكم طبيعتها غير قابلة للتحديد من جانب المشرع تحديداً ماديا كافيا لمنع الاساءة أو تقليل الفرص المهيئة لها، وأن استعمالها يتأثر أكثر من غيرها بالوسط الاجتماعى والأخلاق والعادات والدين. ومن أجل ذلك كان ظهور ما أشرنا اليه من القيود فى استعمال هذه الحقوق جليا كما سيجىء.

وانه ولو أن حقوق الزوجية بالمعنى الدقيق تبدأ بحق التزوج فان الخطبة ترتبط بالزواج ارتباطاً وثيقا يدعونا لان نتناولها بالبحث استيفاء للموضوع على قدر الامكان، ومن أجل ذلك عرضنا لبحثها. الا أنه نظراً لأهمية المنازعات التى تنشأ عن الخطبة عملا، وتردد القضاء المصرى فى تقرير أحكامها بين قواعد القانون المدنى وأحكام الشريعة الاسلامية بما أدى الى غموضها، رأينا أن لامندوحة لنا عن أن نبحثها بصفة عامة. وقد أدى ذلك الى أن نخرج قليلا — فى بحث الخطبة بالذات — عما رسمناه لأنفسنا من قصر البحث على الاساءة فى استعمال حقوق الزوجية؛ ولكنه خروج تبرره الضرورة والمصلحة على ما مر.

وقد رأينا أن يكون بحثنا مسايرا للخطوات التى تمر بها رابطة الزوجية

---

(١) جوسران: «روح الحقوق» بند ١٩ ص ٢٠ .

من الخطبة الى الفرقة بين الزوجين . فنبحث أولا فى الخطبة ثم فى الحقوق المتعلقة بالزواج فى ذاته ثم الحقوق التى تترتب على عقد الزواج فالفرقة بين الزوجين ثم نشير فى النهاية الى الجزاء الذى يترتب على الاساءة فى استعمال ما يدخل فى ذلك من الحقوق . وأفردنا لكل من هذه الموضوعات بابا مستقلا . ويندرج تحت كل باب التفريعات التى تستدعيها طبيعة كل موضوع منها على ماسيجىء .

الباب الأول

فى الخطبة

تمهيد

يغلب أن يكون لكل ما له أهمية من أعمال الانسان أمور تمهد له ولا سيما إذا كان من العقود والارتباطات القانونيـــة ، فيسبقها دائما ما يمهد لها من مباحثات واتفاقات تمهيدية . والزواج كعمل من أعمال الانسان هو أبعدها أثراً فى حياته ، وكعقد هو أهم العقود بالنسبة لشخص العاقد . ومن ثم كان أولى من غيره من العقود بما يمهد له حتى يكون كل من طرفيه على بينة من أمر صاحبه الذى سيرتبط معه برباط مفروض فيه أنه أبدى . ومن أجل ذلك كانت العادة أن تسبق الزواج مباحثات تمهدله . والخطبة من مقدمات عقد الزواج . وهى أول عمل شرعى تتوج به المباحث الأولى التى تسبق هذا العقد ، فهى درجة تتوسط بين التفكير وإبرام العقد ، وهى تسبق العقد ولكنها تجمع الطرفين على اتفاق لابرامه .

والخطبة قديمة جداً كقدم عقد الزواج ، وهى تسايره من وقت أن كان الزواج بالشراء [١] . ولهـذا كان للخطبة أحكام فى جميع الشرائع المختلفة القديمة منها والحديثة سواء كانت دينية أو وضعية .

وهى باعتبارها عملا قانونيا يمهد لعقد الزواج تكاد تتفق فى ماهيتها فى جميع القوانين والشرائع ؛ فهى تواعد متبادل بين رجل وامرأة أو من يمثلهما

---

(١) يراجع D. M. Kaouchansky : La promesse de mariage en droit comparé, Revue Critique 1932, P. 30.

بعقد زواجهما فى المستقبل . إلا أنه وإن اتحدت القوانين المختلفة فى تكييف الخطبة بأنها تواعد متبادل على عقد زواج مستقبل فان هذه القوانين يختلف بعضها عن بعض اختلافا بينا فى تقرير الأثر القانونى لهذا التواعد المتبادل .

ازاء هذا صار من المتعين أن نلم بأحكام الخطبة فى الشرائع الأجنبية لتفهم الروح التى تسود هذه الشرائع فى تكييفها . وعلى هدى المقارنة بهذه القوانين يمكننا أن نحدد القيمة القانونية للخطبة فى التشريع المصرى ، وبذلك ندرك مدى ما يترتب عليها من حقوق ؛ فنستطيع أن نحدد نطاق هذه الحقوق وما قد يعترض استيفاءها من إساءة .

الفصل الأول

الخطبة عند المسيحيين

تطورت أحكام الخطبة طبقاً للتشريع الكنسى. فقد كانت تعتبر فى أول الأمر عقداً قانونياً ملزماً للطرفين بعقد الزواج. وهذا العقد يخضع فى شروطه لأحكام باقى العقود. وبمقتضاه كان لكل من الطرفين أن يقاضى الطرف الآخر طالباً الوفاء بتعهده، ولم يكن هناك صعوبة إلا من حيث إيجاد الوسيلة لاكراه المدعى عليه على اتمام الزواج فقد كانت مقصورة على الطرد من العشيرة (Excommunication). وفضلا عن ذلك فقد كان يترتب على الخطبة عدم جواز تزوج الخاطب بغير من خطبها وحرمة المصاهرة بالنسبة لأقارب كل منهما على الآخر[1]. إلا أن هذا الأثر القانونى للخطبة قد الغى فى القانون الكنسى منذ قرارات مجمع ترنت (Concile de Trente) الذى عقد فى المدة من سنة ١٥٤٥ إلى ١٥٦٣. وبذلك لم تعد الخطبة ملزمة ولا يترتب عليها منع الخاطب من التزوج بغير من خطبها ولا حرمة المصاهرة، وكل ما يترتب عليها هو ارتباط وجدانى فقط ولا يعتبر هذا الارتباط أساساً لأى دعوى ترفع بقصد عقد النكاح[2]. وهذا التشريع الأخير هو الذى استقر عليه الرأى عند البحث فى توحيد قوانين الكنيسة الشرقية الكاثوليكية فقد أقر هذا المبدأ بالقانون رقم ١٠١٧[3].

---

(١) يراجع فى ذلك بلانيول المختصر ج ١ بند ٧٨٥ ؛ Adrien Cance ج ٢ بند ٢٦٨ و٢٦٩.

(٢) بلانيول مختصر ج ١ بند ٧٨٦ ؛ Adrien Cance المرجع السابق.

(٣) يراجع فى ذلك مجموعة " Codificazioni Canonica Orientale; Copte - Egizi." المطبوعة بالمطبعة البابوية بروما ص ١٢ و ١٣ قانون رقم ١٠١٧.

ورغما عما قرره القانون الكنسى من تجريد الخطبة من كل إلزام قانونى فانه رتب أحكاماً تنبنى على فسخ الخطبة بغير مبرر . فمن جهة للكنيسة أن توقع جزاءاتها الدينية البحتة فيما يرتكب مخالفا لأوامرها . ومن جهة أخرى فان للطرف الذى حصل الاخلال فى مواجهته حقا مقررا فى التعويض إذا ما سبب له عدول الطرف الآخر ضررا . والقضاء بهذا التعويض متروك للمحاكم المدنية (١) .

ما تقدم عن الشريعة الكاثوليكية . وأما عن الشريعة الأرثوذكسية فقد تطورت عملا فى هذا الموضوع بما يكاد يتفق مع التطور الذى ذكرناه عن القانون الكنسى . فطبقا للشريعة الأرثوذكسية يسبق عقد الزواج «الأكليل» بما يسمى بعقد « الأملاك » وهو « عهد وميثاق لتزويج مستأنف » (٢) . ويقترن الأملاك بدفع « أربون » ، وهذا الأربون من شأنه أنه متى امتنع قابضه وفرك الموافقة أن يرد ما قبضه مضاعفا ، وان فرك المعطى سقط الأربون الذى دفعه (٣) . إلا أنه نظرا لمشاكل نجمت عن هذا العقد فقد أمر البطريرك بعدم إجرائه واستعاض عنه بصلوة صلح واتفاق وصارت كل العقود التى تعمل سابقة للأكليل عقودا بسيطة تحل عند الاختلاف على أى شىء وتلغى بمحض إرادة أى فريق من المتعاقدين ما دام أنه لم يتم عقد الأكليل (٤) .

والذى نراه مما تقدم أن عقد الأملاك لم يكن فى ذاته ملزما بل كان كل ما يترتب على الاخلال به هو ضياع الأربون على من دفعه أو رده مع

(١) تراجع المجموعة البابوية سالفة الذكر ص ١٠ و١١ و١٢ و١٣ ؛ Adrien Cance المرجع السابق .
(٢) المجموع الصفوى للصفى بن العسال ص ٢٣٦ بند ٤٩ .
(٣) المرجع السابق ص ٢٣٦ بند ٤٩ .
(٤) يراجع المرجع السابق ص ٢٥٧ تذييل الباب الرابع والعشرين .

مثله ممن قبض بحسب ما اذا كان العدول من هذا أو ذاك . وإن الغاء عقد الأملاك عملا والاقتصار على مجرد وعد عادى رفع هذا الأثر المتعلق بالأربون فى الأملاك وصيّر حكم الخطبة فى التشريع الأرثوذكسى مطابقا لحكمها فى التشريع الكاثوليكى تماما .

الفصل الثانى

الخطبة فى الشرائع الحديثة

قدمنا أن الخطبة تمهد لعقد الزواج، وأن الأحكام التى فرضت لها لم تكن الا ضمانا لما سيترتب عليها من عقد له أثره مدى حياة الشخص. ومعروف أن الزواج عقد مؤبد بمعنى أنه مفروض فيه أنه ارتباط مدى الحياة بحيث أنه إذا توقت الزواج كان باطلا.

وكلما كان القانون ينظر الى رابطة الزوجية نظرة خاصة من الرعاية ويميز عقد الزواج عن غيره من العقود فانا نرى أن أحكام الخطبة تظهر مفسرة وتسن لها الأحكام فى القانون. وكلما ضعفت رعاية القانون لعقد الزواج فاننا نلاحظ أن أهميتها كاجراء من اجراءات هذا العقد تقل. ومن الأمثلة على ذلك القانون السوفياتى الجديد فان السياسة التى سار عليها المشرع السوفياتى أدت الى المساواة بين عقد الزواج وأى عقد آخر من العقود المدنية (١) مخالفا فى ذلك الشرائع الأخرى ومن أجل ذلك نجد أن هذا القانون لم يتوقع الخطبة ولم يفرض لها أحكاما؛ ولعل السبب فى ذلك يرجع الى أن المشرع السوفياتى لايرى لعقد الزواج من الأهمية الخاصة عن غيره من العقود ما يدعو لوضع أحكام للاجراءات الممهدة له. وأما المشرع الفرنسى فانه وان كان لم ينص على أحكام للخطبة فان اتجاهه كان لغير ما اتجه اليه المشرع السوفياتى؛ إذ أن سكوت المشرع الفرنسى عن النص على

---

(١) يراجع فى ذلك E. Lambert : La famille dans le Code Russe, dans l'Introduction des Codes de la Russie Sovietique ,P. 37-42.

أحكام الخطبة كان مقصوداً به القضاء على كل شبهة الزام فى الخطبة و بذلك يكون طرفا الزوجية على حرية تامة عندما يقدمان على عقد زواجهما [١]. فمقصود بذلك رعاية عقد الزواج ولكن من ناحية سلبية بالنسبة للخطبة.

وأما أغلبية القوانين الحديثة فتنص على أحكام للخطبة. وتتفق هذه القوانين جميعا فى تقرير مبدأ حرية الزواج بحيث أنهـــا تقضى بأن الوعد بالزواج لا يترتب عليه الزام أحد الطرفين بعقد الزواج فى المستقبل وأن كل شرط جزائى يتضمنه مثل هذا العقد بقصد ضمان تنفيذه فهو باطل. الا أن حرمان الوعد بالزواج هذا الأثر القانونى من حيث امكان طلب تنفيذه عينا لم يمنع من اعتباره عقداً له أحكام وتترتب عليه آثار قانونية.

فالقانون الايطالى بعد أن قرر القاعدة القاضية بأن الخطبة لا يترتب عليها الزام بعقد النكاح قرر فى المادة ٥٤ من القانون المدنى بأن الوعد بالزواج إذا حصل بكتابة ممن هو أهل للتزوج فان الواعد الذى لا ينفذ وعده بغير موجب شرعى يلزم بتعويض الطرف الآخر عما تكبده من النفقات بسبب هذا الزواج المستقبل.

والقانون الألمانى بعد أن قرر القاعدة الأصليـــة بأن الوعد بالزواج لا يلزم بتنفيذه وببطلان الشرط الجزائى الذى تقرر لهذا الغرض نص فى المادة ١٢٩٨ من القانون المدنى على أن الطرف الذى يعدل يلزم بأن يعوض الطرف الآخر وأبويه ومن يمثله عما تكبدوه من نفقات أو ارتبطوا به من تعهدات مراعاة للزواج المستقبل، كما يلزم بتعويض الطرف الآخر عما يكون هذا الأخير قد قام به من الاجراءات المتعلقة بأمواله أو صناعته بسبب هذا الزواج، وهذا وذاك بشرط أن تكون هذه النفقات والأعمال مناسبة للظروف. فاذا كان هناك باعث قوى على الفسخ فلا يلزم بتعويض ما. وإذا

(١) بلانيول مختصر ج ١ بند ٧٨٨ ؛ وبلانيول مطول ج ٢ بند ٨١.

تسبب أحد الطرفين بخطئه فى عدول الطرف الآخر عن اتمام الزواج الزم بتعويض هذا الطرف الآخر فى حدود المادة السابقة (مادة ١٢٩٩) . وإذا سلمت المخطوبة فى نفسها لخطيبها وكانت طيبة السير من قبل فلها إذا ما توافرت شروط المادتين ١٢٩٨ و١٢٩٩ السابقتين أن تطلب تعويضاً عما أصابها من أضرار ولو لم تكن هذه الأضرار مادية (مادة ١٣٠٠) ـ ونظم بعد ذلك اجراءات رد الهدايا التى حصلت إذا لم يتم الزواج وذلك بالمادة ١٣٠١ . ونص فى المادة ١٣٠٢ على أن الحقوق المنصوص عليها بالمواد ١٢٩٨ الى ١٣٠١ تسقط بمضى سنة واحدة من تاريخ فسخ الخطبة .

والقانون التركى بعد أن عرف الخطبة فى المادة ٨٢ بأنها تتم بالوعد بالزواج وأنها لا تلزم عديم الأهلية إلا اذا وافق عليها ممثله الشرعى، ينص بالمادة ٨٣ على أن الخطبة لا تلزم المتعاقد باتمام الزواج وأنه لا يجوز المطالبة بما يكون مشروطا كجزاء لعدم التنفيذ . ويقضى بالمادة ٨٤ بأنه إذا فسخ أحد الخطيبين الخطبة لغير أسباب شرعية أو إذا فسخت الخطبة من أيهما بناء على فعل صدر من الآخر فان الطرف المخطىء يلزم فى مواجهة الطرف الآخر ووالديه ومن يمثله فى التصرف بتعويض ما يكون قد صرفه بحسن نية من مبالغ بسبب الزواج . وإذا أضر فسخ الخطبة بمصلحة أحد الخطيبين الخاصة ضررا فاحشا بغير أن يكون هناك خطأ من جانبه فللقاضى أن يحكم له بمبلغ من المال بصفة تعويض أدبى « مادة ٨٥ » . وأما الهدايا فى حالة فسخ الخطبة فكل يسترد ما أهداه للآخر « مادة ٨٦ » .

وأما القانون الصينى الجديد فيفرد فصلا خاصا لأحكام الخطبة باعتبارها عقدا يتميز عن عقد الزواج . فينص بالمادة ٩٧٢ على أن عقد الخطبة يجب أن يحصل من الطرفين شخصيا وبمحض إرادتهما ، وفى المادتين ٩٧٣ و٩٧٤ ينص على الأهلية اللازمة لهذا العقد ، ثم يقضى بالمادة ٩٧٥ بأنه لا يمكن رفع

دعوى بطلب تنفيذ عقد الخطبة، ثم ينص على أمور إذا أتاها أحد الطرفين جاز للطرف الآخر أن يفسخ الخطبة وله فوق ذلك أن يطلب تعويضا عما لحقه من ضرر «مادة ٩٧٦ و٩٧٧» فاذا فسخ أحد الطرفين عقد الخطبة بغير مبرر من هذه المبررات السابقة فعليه تعويض الطرف الآخر عما يلحقه من ضرر بسبب هـذا الفسخ «مادة ٩٧٨»، وفى هذه الحالة الأخيرة إذا لم يكن هناك خطأ من هذا الطرف الآخر فله فوق ما تقدم أن يطلب تعويضا عما يلحقه من الأضرار غير المادية «مادة ٩٧٩».

وقد جرى قضـاء المحاكم الانجليزية على اعتبار الوعد المتبادل بالزواج عقدا كسائر العقود يربط طرفيـه وتترتب عليه أحكام العقود من حيث وجوب الوفاء. إلا أن هذا العقد إذا لم ينفذ فلا يصح رفع دعوى بطلب تنفيذه ولا يخضع لاجراءات النفاذ العينى (Specific Performance) كغيره من العقود والعلاج الوحيد لفسخ العقد هنا هو تعويض الطرف الآخر[1]. ويشمل التعويض هنا جميع ما يصيب الطرف الآخر من الأضرار سواء كانت مادية أو أدبية، وهى متروكة لتقدير المحكمة[2]. وطبقا لهذا القضاء يعتبر مجرد عدم تنفيذ الوعد المتبادل بالزواج إخلالا بتعهد قانونى يستوجب الحكم على فاعله بالتعويض. ولـكن لمن فسخ العقد أن يدفع هذه المسئولية إذا أثبت أن عدوله ما كان إلا بسبب أعمال من جانب الطرف الآخر هى التى دعته إلى هذا العدول كما لو أثبت أن الطرف الآخر خدعه فى مركزه المالى أو أن يثبت الخاطب أنه اكتشف أن خطيبته سيئة السلوك، وبالجملة إذا أثبت أنه خدع فى الطرف الآخر بحيث أنه ما كان يرتبط معه برباط

---

(١) يراجع Eversley ص ٧٨ ؛ Halsbury : Laws of England بند ٤٩٠ و٤٩٧.

(٢) يراجع Eversley ص ٧٩ ؛ Laws of England بند ٥٠٨.

الخطبة لو كان قد عرف حقيقته من قبل . فاذا أثبت ذلك فلا مسئولية عليه .(١)

ومن استعراض الأحكام المتقدمة للخطبة فى القوانين التى تكلمنا عنها نستنتج القاعدتين الآتيتين : —

١ — ان الخطبة تعتبر فى نظر هذه القوانين عقداً له أحكام وتنشأ عنه ارتباطات خاصة .

٢ — ان مجرد العدول عن الخطبة يعتبر اخلالا بتعهد قانونى يوجب التعويض طبقاً لقواعد التعهدات العامة .

(١) الخطبة عقد :

هذا الحكم ظاهر من نفس نصوص القوانين التى عرضناها فان من هذه القوانين ما يعبر عنها بعقد الخطبة "Contrat de fiançailles" ويستلزم سنا خاصة وأهلية التعاقد لامكان عقدها (كالقانون الصينى) ، ومنها ما يتكلم عنها بصيغة الالزام فيقول انها لا تلزم الخاطب القاصر أو المحجور عليه الا إذا وافق عليها من يقوم بتمثيله قانونا .

" Elles n'obligent le fiancé mineur ou interdit que si le représentant légal y a consenti. " (2)

وفضلا عن ذلك فان الأحكام التى فرضتها هذه القوانين لهذا العقد والمسئوليات التى رتبتها على عدم تنفيذه تتفق جميعاً والقواعد العامة فى

(١) يراجع Eversley ص٨٣ — ٨٥ ؛ Laws of England بند ٥٠٢ — ٥٠٧ . ولا يستلزم القانون الانجليزى لاثبات الوعد بالزواج أن يكون ذلك بكتابة ولا أن يكون بألفاظ صريحة وانما قد يستنتج هذا الوعد المتبادل من سلوك الطرفين مع بعضهما ومعاملة كل منهما لصاحبه بما يفهم منه أنهما تواعدا على الزواج . Laws of England بند ٤٩٠ ؛ Eversley ص ٧٨ .

(٢) القانون المدنى التركى مادة ٨٢ .

العقود من حيث شروط التعاقد وصحة الالتزام . وهذا التعاقد ينصب على عمل معين وهو عقد النكاح فيما بعد .

الا أن جميع القوانين المقدمة تتفق فى أنه لا يمكن رفع دعوى بطلب تنفيذ هذا التعاقد نفاذاً عينياً بمعنى أنه لا يصح أن يقاضى أحد الطرفين زميله ليكرهه على عقده . والسبب فى ذلك يرجع الى حرية الزواج وضرورة عقد الزواج بحرية تامة وفى هذا ما يتنافى مع امكان رفع دعوى بطلب عقده لأن الدعوى تتضمن الاكراه وهو ما لايجوز فى النكاح . وحرية الزواج هذه وإن كانت فرعا من الحريات الفردية العامة إلا أنها تتميز عنها من حيث الأهمية . بكون عقد الزواج مفروضاً فيه أنه أبدى فيجب أن تكون حرية إبرامه أوسع مجالا مما فى غيره من الارتباطات .

على أن حرمان عقد الخطبة من هذا الأثر وهو جواز رفع دعوى بطلب تنفيذه عينا ليس فيه ما ينافى القواعد العامة فى التعهدات ، فانه طبقا لهذه القواعد لا يجوز إكراه شخص ما على تنفيذ تعهد شخصى محض بالنسبة له لا يمكن أن يقوم به سواه . وعقد الزواج هو مثال ما لا يمكن أن يتم إلا بمحض رضاء المتعاقدين فتنفيذ مثل هذا العقد لا يمكن أن يتم طبقا للقواعد العامة إلا إذا توافرت الارادة من قبل المدين . هذا فضلا عن صفة الزواج الخاصة التى تخرجه عن كل ما عداه من العقود بحيث لا يمكن أن تقضى المحكمة بانشاء زواج أو إكراه شخص على عقد زواجه بشخص ما كما تقدم .

(٢) الفسخ موجب للتعويض بذاته :

وأن مجرد نكول أحد الطرفين عن عقد زواجه يوجب إلزامه بتعويض الطرف الآخر عما يلحقه من ضرر . وعلى الناكل إذا أراد أن يبرىء نفسه من المسئولية أن يثبت أنه ما فسخ تعهده إلا لأسباب جسيمة دعته إلى هذا

النكول ، أو أنه يرجع لفعل من الطرف الآخر دعاه إلى فسخ تعهده معه. وفى هذه الحالة تقضى بعض الشرائع الحديثة صراحة بأنه لا يعفى من مسئولية الفسخ فقط وإنما له الحق فى أن يطالب من كان السبب فى نكوله بتعويض ما يصيبه من الضرر . وهذا عين ماتقضى به القواعد العامة فى التعهدات .

تلك هى الروح العامة للشرائع الحديثة من حيث تكييف الخطبة من الوجهة القانونية . إلا أن القانون الفرنسى يتميز بأحكام خاصة فى هذا الموضوع لا يصح إغفالها لأن تطبيقها كان مجالا لاستعراض نظريات تخالف ما تقدم القول به .

الخطبة فى القانون الفرنسى :

كانت الخطبة فى القانون الفرنسى القديم معتبرة عقداً يتضمن التزاما بعمل شىء إلا أن تنفيذ هذا التعهد لم يكن له طريق من القضاء ، وكان جزاء عدم تنفيذ هذا التعهد هو الحكم على المخالف بالتعويض . كما أنه كانت تترتب على الخطبة حرمة المصاهرة بين كل من الطرفين وأصول وفروع الطرف الآخر وفروع جدية لدرجة واحدة[١] .

ولما صدر قانون نابليون لم يذكر شيئا عن الخطبة . وقد أدى ذلك إلى قيام خلاف فى أوائل عهد تطبيق هذا القانون حول طبيعة الخطبة ، وكان اتجاه للقضاء والفقه إلى اعتبارها عقداً يترتب على عدم الوفاء به مسئولية المتسبب عن التعويض طبقا للمادة ١١٤٢ من القانون المدنى . إلا أن وجهة النظر هذه تغيرت بعد حكم صدر من محكمة النقض والابرام الفرنسية فى ١١ يونيه سنة ١٨٣٨ (سيرى ١٨٣٨ — ١ — ٤٩٢) . والسبب الأساسى لهذا التطور هو ضرورة ترك الزواج حرا وإطلاق الحرية للمتعاقدين حتى آخر لحظة . واستقر

---

(١) يراجع فى ذلك كولان وكابيتان ج ١ الطبعة الرابعة ص ١٢٧ و ١٢٨ .

القضاء منذ ذلك الحين على تجريد الخطبة والوعد بالزواج من أى مسحة إلزام ، كما تقرر أن الاخلال بهذا الوعد لا يترتب عليه فى ذاته (مجردا عن الظروف التى حصل فيها) مسئولية ما[1] . إلا أنه إذا ترتب على هذا الاخلال بالوعد ضرر بالطرف الآخر بسبب خطأ ارتكبه هذا الذى عدل ، مستقلا عن واقعة العدول المجردة ، فان العدول الخاطىء تترتب عليه مسئولية فاعله عن تعويض هذا الضرر سواء كان أدبيا أو ماديا[2] .

فالقضاء الفرنسى بتقريره المسئولية بالشروط المتقدمة يخرج بها عن نطاق العقود ويبنيها على أساس الأفعال الضارة ، فهى ليست مبنية على المادة ١١٤٢ مدنى وإنما على المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ من القانون المذكور[3].

ولم تسلم وجهة نظر المحاكم المتقدمة من النقد فقد رماها الأستاذ جوسران بالتناقض وعدم الانسجام وقال ان المسألة لا تخرج عن أحد اعتبارين : فاما أن يكون الوعد بالزواج غير ذى قيمة من الوجهة القانونية فيعتبر كأنه لم يكن وبذلك لا يمكن أن يكون العدول عنه موجبا لمسئولية ما ، وأما أن يكون هذا العدول موجبا فى بعض الأحيان لمسئولية من عدل ومعنى ذلك أن هذا الذى اعتبر مسئولا كان مرتبطا بالخطبة التى يكون لها حينئذ قوة الالزام . ويقول ان الواقع أن الوعد بالزواج ليس مجردا من كل قيمة قانونية ، وانه لا زال كما كان دائما فى عهد القانون الكنسى والقانون الفرنسى القديم عقدا

(١) يراجع فى ذلك بلانيول وريبير مطول جـ ٢ بند ٨١ ، كولان وكابيتان جـ ١ ص ١٢٨ و ١٢٩ ؛ جوسران : شرح القانون المدنى جـ ١ بند ٧٤١ .

(٢) يراجع فى ذلك بلانيول مطول جـ ٢ بند ٨٤ و ٨٥ — نقض فرنسى ٢ مارس سنة ١٩٢٦ ، (سيرى ١٩٢٦ — ١ — ٣٦٩) ؛ محكمة السين المدنية فى ١٠ و ١٣ مايو سنة ١٩٣٢ ، دالوز الاسبوعى سنة ١٩٣٢ ص ٣٩٠ و ٣٩١ — يراجع أيضا « لالو » Lalou فى المسئولية بند ٢٨٠ .

(٣) يراجع بلانيول وريبير المرجع السابق بند ٨٤ ؛ جوسران روح الحقوق بند ١٤٧ ؛ مقال "Lapie" فى "Journal of Comparative Legislation" جـ ١١ من المجموعة الثالثة س ١٩٢٩ ص ٦٨ — ٧٤ .

قانونيا له قوة الالزام . ولا يمكن الاحتجاج بعدم النص عليه فى القانون المدنى لأن قاعدة حرية التعاقد تغنى عن مثل هذا النص الخاص ، فان كل عقد لم يمنعه نص فهو جائز . ويخرج من ذلك بقوله ان الوعد بالزواج عقد تبادلى له كل قيمة العقود التى من هذا القبيل . إلا أن هذا العقد يتضمن — رعاية لحرية الزواج وتحقيقا لنية المتعاقدين الكمينة — حق الفسخ لكل من الطرفين ، ولكل منهما أن يعدل عن الزواج بشرط أن يحاسب على عدوله هذا لأن حق العدول ليس مطلقا وإنما هو حق مقيد يجب أن لا يستعمله إلا لأسباب شرعية فلا يصح له أن يسىء استعماله وإلاّ ألزم بالتعويض . وهو يقرب بذلك بين أحكام الوعد بالزواج هذه وبين عقد ايجار الأشخاص غير محدد المدة طبقا للمادة ١٧٨٠ من القانون المدنى المعدلة بقانون ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٠ [١] . وبذلك يكون العدول عن الوعد بالزواج محلا لاساءة استعمال الحق فى إحدى نواحيه وهى فسخ العقود .

إلا أن القول باساءة استعمال الحق فى هذا المقام فيه نظر إذ أن ذلك يستلزم أولا أن يكون هناك حق مقرر ويساء استعماله . فهل هذا الحق موجود ؟ يتوقف وجود هذا الحق على التسليم بأن الوعد بالزواج عقد ملزم إذ أنه على هذا الأساس يمكن البحث فى وجود حق فى فسخ هذا العقد . فهل يمكن القول بأن الوعد بالزواج طبقا للتشريع الفرنسى عقد ملزم ؟ ان روح التشريع الفرنسى فى الزواج تنافى هذا الاعتبار فقد كان المشرع حريصا جدا على حرية الزواج وترك الحرية للطرفين حتى آخر لحظة عندما يقرران أمام الموثق . وهو لذلك يستلزم أن يكون قبول الطرفين بشخصيهما بغير وكيل

---

(١) يراجع فى ذلك جوسران « روح الحقوق » بند ١٤٨ ؛ ومقال نفس المؤلف : “Le problème juridique de la rupture des fiançailles” (داللوز الاسبوعى س ١٩٢٧ ص ٢١ وما بعدها) .

حرصا على بقاء هذه الحرية حتى ابرام العقد(١) . كما أن عقد الزواج – فى نظر البعض – ليس كغيره من العقود العادية حتى أنه يكون موضوع تعهد بفعل (٢) . وفضلا عن ذلك فان القول بوجود حق الفسخ هذا لكل من الطرفين فى مثل هذا التعهد – على فرض التسليم به – يجعل التعهد فعلا متوقفا على شرط إرادى لكل من الطرفين وبذلك يكون الوعد بالزواج باطلا طبقا للمادة ١١٧٤ من القانون المدنى (٣) .

ومن أجل ذلك لا محل للقول بنظرية سوء استعمال الحق فى هذا المقام كأساس للمسئولية لأن حق الفسخ المزعوم هذا غير موجود وكل ما فى الأمر هو أن لكل من الطرفين الحرية – مستمدة من النظام العام – فى أن لا يوافق على عقد الزواج (٤) .

ومما تقدم يمكننا أن نقرر أن تكييف الخطبة من الوجهة القانونية فى الشرائع الحديثة لا يخرج عن واحد من ثلاثة .

١ – فاما أن تعتبر الخطبة غير ملزمة قانونا وأن مجرد العدول عن الوعد لا تترتب عليه مسئولية تعاقدية – اللهم إلا إذا اقترن هذا العدول بخطأ من جانب من عدل سبب ضررا للطرف الآخر فيسأل عن ذلك باعتباره قد

(١) كولان وكابيتان جـ ١ ص ١٢٨ .
(٢) بلانيول وريبير مطول جـ ٢ بند ٨١ .
(٣) بلانيول وريبير المطول جـ ٢ بند ٨٤ — والواقع أن فى هذا القول مجالا للاعتراض لأن الشرط الارادى الذى يبطل التعهد يجب أن يكون ارادياً محضاً وأن يكون متوقفاً على ارادة المدين . وحق الفسخ كما يقول به الأستاذ جوسران لا يمكن اعتباره شرطا اراديا محضا لأن من يفسخ تعهده سيؤدى الحساب عنه فهو مقيد بأن يكون الفسخ لسبب مشروع وفضلا عن ذلك فان كلا من طرفى الوعد بالزواج متعهد ومتعهد له وقد يفسخ أحد الطرفين التعهد بسبب عمل الطرف الآخر ولا يسأل من فسخ عن تعويض بل قد يكون له هو حق فى التعويض .
(٤) بلانيول وريبير المطول جـ ٢ بند ٨٤ .

ارتكب فعلا مضرا بالغير يستوجب التعويض طبقا للمادتين ١٣٨٢ و١٣٨٣ مدنى فرنسى (١٥١ / ٢١٢ م م) — وهذه هى وجهة النظر السائدة فى فرنسا .

٢ — وإما أن تعتبر الخطبة عقداً ملزما بفعل شىء وهو عقد الزواج وبذلك يكون مجرد الاخلال بالوعد المتبادل مستوجبا لمسئولية من أخل به طبقا للمادة ١١٤٢ مدنى فرنسى (١١٧/١٧٣ مم) على أساس التعاقد إلا إذا أثبت أن هناك خطأً من الجانب الآخر دفعه إلى هذا العدول أو قيام سبب شرعى دعاه لذلك . وهذه هى النظرية السائدة فى الشرائع الحديثة .

٣ — وإما أن يقال برأى الأستاذ جوسران Josserand من أن الخطبة (الوعد بالزواج) عقد إلا أن لكل من الطرفين حق الفسخ وعليه أن يستعمله لسبب شرعى وإلا اعتبر مسيئاً فى استعمال هذا الحق وكان مسئولا عما يتبع هذه الاساءة من الاضرار .

وعلى الاعتبار الأول يكون مجال المسئولية أوسع من الاعتبارين الآخرين لأنها تتقرر ولو لم يكن هناك وعد نهائى ، كما أن المسئولية لا تقتصر على من يكون طرفا فى الوعد بل قد تتعداه لغير هؤلاء ممن كانوا عاملا فى الاخلال به كوالد مثلا، كما أن مقدار التعويض لا تقيده القاعدة الواردة بالمادة ١٢٢/ ١٨٠/١١٥٠ مدنى من أنه يقتصر على ما يكون متوقع الحصول وقت العقد .

إلا أن العنت فى هذا الرأى يأتى من حيث إثبات الخطأ الموجب للتعويض فهو على عاتق مدعى الضرر .

وعلى حسب الاعتبار الثانى يكون مجرد العدول موجبا للمسئولية إلا إذا أثبت ما يخليه من المسئولية وعبء إثبات ذلك واقع عليه — وأما فى الرأى الثالث فيلزم إثبات الاساءة كما تقدم .

وتكييف الخطبة فى التشريع المصرى لايخرج عن أن يكون واحداً من

هذه الصور الثلاث مع إضافة صورة رابعة وهى أن يعتبر الوعد بالزواج غير ذى أثر من الوجهة التعاقدية كما أنه لا يعتبر أساساً لتعويض ما ولو اقترن بما يعتبر خطأ من جانب من عدل .

وعلى هدى ما تقدم من البيان نبحث الخطبة فى التشريع المصرى .

الفصل الثالث

الخطبة فى القانون المصرى

الفرع الأول — القضاء المختلط

اصطلح القضاء المختلط على تقرير حرية الزواج ووجوب استبعاد كل ما من شأنه الحد من هذه الحرية (١). وأن كل شرط يقرر جزاء يدفعه الخاطب الذى يعدل عن وعده لاقيمة له، باعتباره حداً بطريق غير مباشر لحرية الزواج (٢).

وطبقاً لهذا القضاء لا تعتبر الخطبة عقداً قانونياً منتجاً لالتزام. فعدم تنفيذ الوعد بالزواج لا يمكن أن تترتب عليه مسئولية مرجعها التعاقد (٣). الا أن ذلك لم يمنع هذه المحاكم من أن تقضى بالتعويض فى بعض حالات فسخ الخطبة، وهى تشترط لذلك أن يكون من فسخ الخطبة قد ارتكب خطأ مستقلا عن فعل الفسخ فى ذاته وبشرط أن يترتب على هذا الخطأ ضرر بالطرف الآخر. فالمسئولية هنا ليست ناشئة عن عقد وإنما عن شبه جنحة مدنية (٤).

---

(١) محكمة الاسكندرية الجزئية المختلطة فى ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ جازت س ٦ ص ٧٤ رقم ٢٣٤.

(٢) جزئية بور سعيد المختلطة فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ جازت س ٦ ص ٢٥ رقم ٤٣.

(٣) استئناف مختلط فى ٧ مايو سنة ١٩٠٨ بلتان س ٢٠ ص ٢١١.

(٤) جزئية اسكندريه المختلطة فى ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ والسابق الاشارة اليه؛ وجزئية بور سعيد المختلطة ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ سابق الاشارة اليه أيضاً؛ استئناف ٧ مايو سنة ١٩٠٨ بلتان س ٢٠ ص ٢١١.

وأغلب ما عرض من هذا الموضوع على تلك المحاكم كان بسبب اتصال الخاطب بمن خطبها اتصالا جنسيا. والمحاكم المختلطة تحكم بالتعويض باعتبار أن الوعد بالزواج كان أساساً لانخداع المخطوبة وتسليمها فى نفسها، وعلى أساس هذا الاتصال الجنسى تقضى بالتعويض وليس لمجرد العدول عن الوعد فى ذاته (١). ومن أجل ذلك يشترط أن يكون الوعد بالزواج قد سبق هذه العلاقة الجنسية (٢)، وأن يكون تسليم المخطوبة فى نفسها للخاطب تحت تأثير هذا الوعد بالزواج بحيث انه إذا كان نتيجة ميل عاطفى متبادل فلا محل للتعويض سواء كان أدبيا أو ماديا ولو حصل أثناء هذه العلاقة وعد بالزواج (٣).

وليس التغرير بالمخطوبة وتسليمها فى نفسها لخاطبها هو السبب الوحيد الموجب لاستحقاق التعويض، ولكن المستفاد من صيغة الأحكام المختلطة أن كل خطأ يرتكبه من يعدل ويسبب ضررا للطرف الآخر يستوجب الزامه بتعويض هذا الضرر، وأن السبب فى ترديد مسألة عبث الخاطب بمخطوبته فى الأحكام المختلطة باعتباره أساس التعويض يرجع الى أن أغلب الحوادث التى عرضت على القضاء تضمنت وقائع من هذا القبيل (٤).

وانه ولو أن التعويض الذى تشير اليه هذه الأحكام عام يشمل التعويض عن الاضرار المادية كما يشمل تعويض الاضرار الأدبية الا أن من هذه الأحكام

(١) اسكندرية الجزئية المختلطة فى ١٣ مارس سنة ١٩١٥ جازت س ٥ ص ١٠٨ رقم ٢٧٩؛ و٢٩/١/١٩١٦ جازت س٦ ص ٧٦ رقم ٢٣٩؛ واسكندرية المدنية ٢٤/٢/١٩٢٣ جازت س ١٤ ص ٤٠ رقم ٥٥ ؛ استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ جازت س ٢٠ ص ٢٠٧ رقم ١٩٦ ، بلتان س ٤٢ ص ٣٠٧ ؛ و١٩/٤/١٩٢٨ جازت س١٨ ص٢٥٢ رقم ٢٢٣؛ و٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ بلتان س ٤٤ ص ١٩٦.

(٢) استئناف مختلط فى ١١/١٢/١٩٣٠ بلتان س ٤٣ ص ٧٩ .

(٣) استئناف مختلط فى ١٨/١٢/١٩٢٤ جازت س ١٥ ص ٩٠ رقم ١٣٣ .

(٤) تراجع الأحكام السالف الاشارة اليها .

ما يعتبر التعويض — فى غير حالات التغرير السالف الاشارة اليها وإذا كان هناك ما يستوجب التعويض طبقا للقواعد التى تقدمت — عن الاضرار المادية مما تكلفه الطرف الآخر من النفقات فى سبيل هذا الزواج ولا محل لتعويض الاضرار الأدبية [١] .

والقضاء المختلط فى اقراره للمبادىء المتقدمة يتفق والقضاء الفرنسى فى تكييفه للوعد بالزواج أو الخطبة ، فهما يتفقان فى أن الخطبة لا تكون عقداً ولا ينشأ عنها ارتباط قانونى وأن العدول لا يترتب عليه مسئولية تعاقدية لانعدام العقد ولكن قد يترتب عليه مسئولية إذا اقترن بخطأ من جانب من عدل يدخل فى عداد الأفعال المعتبرة من قبيل الجنح المدنية أو أشباهها مما يستوجب التعويض طبقا للمادة ٢١٢ من القانون المدنى المختلط (المقابله للمادتين ١٣٨٢ مدنى فرنسى و١٥١ مدنى أهلى) .

وقد سار القضاء المختلط على هذا الرأى الى نتيجته المنطقية فقضى بمسئولية من لم يكن طرفا فى الوعد المتبادل أو الخطبة إذا ثبت ارتكابه لخطأ ما يتصل بهذه الخطبة . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ مايو سنة ١٩٠٨ [٢] بمسئولية والد المخطوبة التى عدلت وذلك على أساس أن الوالدين أو الأولياء هم المسئولون عن الفسخ لركونهم للخطبة واعلانها بغير ترو ، وأما طرفا الخطبة فيجب أن يكونا بمنأى عن المسئولية تحقيقا لما يجب أن يتوافر لهما من الحرية فى عقد زواجهما . ومثل هذا الحكم من مقتضى اعتبار المسئولية ناشئة عن شبه جنحة إذ بذلك أمكن تقرير مسئولية من لم يكن طرفا فى الوعد ذاته ما دام أنه ارتكب خطأ يجعله مسئولا عن التعويض [٣] .

(١) حكم الاستئناف المختلط فى ١٩٢٨/٢/١٢ جازت س ١٨ ص ٢٥٢ رقم ٣٢٤ .
(٢) بلتان س ٢٠ ص ٢١١ .
(٣) يراجع ماتقدم القول به فى أحكام الخطبة بفرنسا . بلانيول وريبير مطول جـ ٢ بند ٨٦ .

ومن مقتضيات هذا القضاء أيضاً أنه يشترط لتقرير المسئولية أن يثبت أن من عدل قد ارتكب خطأ . وإثبات هذا الخطأ واقع على عاتق المدعى الذى يجب عليه أن يبين هذا الخطأ حتى يحكم له بالتعويض . ومع ذلك فقد أصدرت محكمة الاستئناف المختلطة حكما فى ٢ مارس سنة ١٩٢٢[١] قضت فيه بالتعويض على المخطوبة التى فسخت الخطبة بمحض إرادتها ومن غير أن تبدى سبباً ما لهذا الفسخ . فكأن المحكمة اعتبرت عدم وجود سبب مشروع للعدول خطأ يستوجب المسئولية . وفى هذا تيسير على المدعى بالتعويض وان كان لا يصل الى درجة المسئولية التعاقدية الا أنه يوفر عليه مشقة تعيين الخطأ الذى يستوجب الزام المدعى عليه بالتعويض .

ويستنتج مما تقدم أن الخطبة طبقا للقضاء المختلط لا أثر لها من الوجهة القانونية باعتبارها عملا قانونيا قائما بذاته مجردا عما قد يلابسه من ظروف أخرى . وكما أن الزواج مظهر من مظاهر الحرية الفردية فكذلك العدول عنه مظهر من مظاهر هذه الحرية ، ولا يمكن أن يكون استعمالها محلا لاساءة لأنها من الحريات التى تتصل بالنظام العام ، ولا تترتب مسئولية ما عليه الا إذا اقترن استعمالها بما يعتبر خطأ فى ذاته وهذا الخطأ هو الذى يستوجب التعويض . ولا يمكن القول هنا إعتماداً على حكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر فى ٢ مارس سنة ١٩٢٢ والسابق الاشارة اليه أن من المحاكم المختلطة ما يقضى بالتعويض على أساس إساءة استعمال حق العدول ؛ وذلك لأن وجود حق فى العدول غير مسلم به فى ذاته إذ أن وجوده يستلزم أصلا الارتباط حتى يكون هناك معنى للقول بحق العدول ولم تقل المحاكم المختلطة مطلقاً بأن هناك ارتباطاً قانونياً بشكل ما ينشأ عن مجرد الوعد بالزواج كما تقدم .

---

(١) بلتان س ٣٤ ص ٢١٤ .

والمحاكم المختلطة لا ترجع أحكام الخطبة إلى قوانين الاحوال الشخصية فهى تنظر إليها باعتبارها عملا يخضع لأحكام القانون العام لا علاقة له بالأحوال الشخصية . وهذا ظاهر من أننا لا نجد حكما واحداً أصدرته هذه المحاكم تشير فيـــه المحكمة إلى قوانين الأحوال الشخصية باعتبارها مرجعاً لأحكام الخطبة . وما دامت هذه المحاكم تعتبر أن التقيد بالخطبة يتنافى مع قاعدة من النظام العام وهى حرية الزواج كما تقدم فمن الطبيعى أن لا تراعى أى قانون فى تكييف هذا العمل من الوجهة القانونيـة بل الحل الذى سارت عليه فى قضائها هو الذى يتمشى مع القاعدة الأصليـة التى تسترشد بها وهى حرية الزواج المطلقة .

الفرع الثانى ــ الخطبة وأحكام المحاكم الأهلية

يتفق القضاء الأهلى مع قضاء المحاكم المختلطة فى إقرار حرية الزواج المطلقة ، وتقرير أن هذه الحرية ترجع للنظام العام،وأن كل شرط يمس هذه الحرية يعتبر باطلا وغير جائز قانوناً لمخالفته النظام العام[١].

إلا أن الخطبة المجردة أو الوعد المتبادل بالزواج من غير اشتراط جزاء على فسخها كانت محل بحث كثير فى أحكام المحاكم الأهلية وصدرت فيها أحكام متناقضة . وقد كان استعراض أحكام الخطبة فى القضاء الأهلى لمناسبتين : الأولى ــ النظر فى استرداد المهر والهدايا التى تقدم بمناسبة الخطبة وذلك فى حالة العدول عنها . الثانية ــ النظر فيما إذا كان من الممكن أن تترتب مسئولية على فسخ أحد الطرفين للخطبة من غير رضاء الطرف الآخر .

---

(١) محكمة عابدين الأهلية فى ٢٨ مارس سنة ١٩٠٤ مجلة الاستقلال س ٣ ص ١٢١ حكم رقم ٢١٣ ؛ ومحكمة الزقازيق الـكلية الأهلية فى ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية س ٢٦ رقم ٧٥ ص ١٣٢ .

أولا — استرداد المهر والهدايا

عرض هذا الموضوع على المحاكم بوجهين : ١ — من حيث اختصاص المحاكم الأهلية بالنظر فى هذا الطلب. ٢ — من حيث القانون الذى ينطبق على مثل هذه الدعاوى.

١ — الاختصاص

اختلفت أحكام المحاكم الأهليـة فى اختصاص هذه المحاكم بالنظر فى القضـــايا التى ترفع باسترداد المهر الذى دفع والهدايا التى قدمت بمناسبة خطبة فسخت . فمن المحاكم ما قضى بأن مثل هذه الدعاوى من اختصاص القضاء الشرعى . والبعض الآخر قضى باختصاصها هى بالفصل فيها . ويرجع هذا الخلاف إلى ما يفهمه كل من هذه المحاكم تفسيرا للمادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية التى تنص على أنه: « ليس للمحاكم المذكورة أن تنظر فى المنازعات المتعلقة بالدين العمومى أو أساس ربط الأموال الأميرية ولا فى المسائل المتعلقة بأصل الأوقاف ولا فى مسائل الانكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة وغيرها ولا فى مسائل الهبة والوصية والمواريث وغيرها ممـا يتعلق بالأحوال الشخصية ولا يجوز لهـا أيضاً أن تؤول الأحكام التى تصدر فيها من الجهة المختصة بها » . وأساس هذا الخلاف هو معرفة ما إذا كانت الدعوى بطلب رد المهر المدفوع والهدايا قبل الزواج تعتبر من مسائل الأنكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر بالمعنى المفهوم من هذه المادة أو أنها خارجة عنها .

قضت بعض المحاكم بأن الفصل فى مثل هذه المنازعات من اختصـاص المحاكم الشرعية (أو جهة الأحوال الشخصية) لأن الخطبة من صميم الأحوال الشخصية فقد تناولتها الشرائع الدينية فى تعريفها و فى بيان أحكامها

وآثارها وغير ذلك مما هو معروف فى الشريعة الاسلامية وكذلك فى الشريعة المسيحية كما أن الشريعة الاسلامية قد عالجت موضوع المهر والهدايا التى تقدم قبل تمام العقد ونصت على أحكام خاصة فى حالة العدول عن الزواج وبينت حدود الحق فى استردادها وهذه المسائل كلها تناولها الفقهاء الشرعيون بالبحث واختلفت آراؤهم بشأنها[1]. وقضى فريق آخر من المحاكم باختصاص المحاكم الأهليـــة بنظر هذه الدعاوى بحجة أن المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية لم تتعرض إلا لعقد الزواج من حيث هو فما كان متعلقاً بصميم هذا العقد فهو خارج عن اختصاص المحاكم الأهلية وما عداه فهو من اختصاصها[2]، وأن المادة ١٦ المذكورة بنصها على مسائل الأنكحة وما يتعلق بها من قضـــايا المهر تستلزم أن يكون هناك نكاح قائم شرعا بمقتضى عقد شرعى فاذا دفع الخاطب المهر ثم عدل عن الزواج وطالب بالمهر الذى دفعه كانت المحاكم الأهلية مختصة فى الدعوى[3]، وأنه كلما انحصر النزاع فى أمر المهر وغيره من المسائل المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية انحصارا له صفته المالية البحتة ولم يتصل اتصالا جديا بأمر شرعى يدخل فى اختصاص القضاء الشرعى فهو من اختصاص القضاء الأهلى فالدعوى باسترداد هبة تسلمت للمخطوبة عن خطبة لم تتم (التعبير سقيم والصحيح خطبة فسخت) وهو

---

(١) محكمة المنشية الجزئية ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسميـــة س ٣٠ رقم ٦٠ ص١٤٢؛ الاسكندرية الـكلية الأهلية ٩ يوليه سنة١٩٢٩ المحاماة س ١٠ رقم ٩٧ ص ١٨٨؛ محكمة الأزبكية الأهلية ١٨ اكتوبر ســنة ١٩٣١ غير منشور وهو خاص باسترداد مهر؛ ومحكمة استئناف مصر الأهلية فى ٢١ ديسمبر ١٩٢٨ المحاماة س ٩ رقم ١٣٩ ص ٢٣٦ .

(٢) محكمة الفيوم الأهلية فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة س١١ ص ١٨١ رقم١١٠.

(٣) استئناف مصر فى ٥ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة س ٥ ص ٣٢٤ رقم ٢٨٧ — يراجع أيضا استئناف مصر ٢٩ نوفمبر ســنة ١٩٢٥ المحاماة س ٦ رقم ٤٨٧ ص ٧٩٥، المجموعة الرسمية س ٢٧ رقم ١٠٣ ص ١٦١؛ والاسكندرية الـكلية الأهلية فى ٢٤ ابريل سنة١٩٢٩ وقد ألغى حكم المنشية فى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٨، يراجع حكم الأسكندرية الأهلية الصادر فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية س ٣٢ ص ٧٣ رقم ٣٠ .

الأمر المقطـــوع فيه بالمـادة ١١٠ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا هذه الدعوى من اختصاص المحاكم الأهلية [1] . و الرأى الأخير هو الذى رجح قضاء فى هذا الموضـــوع فقد جرت عليه أحكام محكمة الاستئناف كما تقدم القول[2].وسنرى فيما بعد أى الرأيين أقوم سبيـــلا .

٢ — القانون الذى تطبقه المحاكم الأهلية اذا ما قضت باختصاصها

تقدم القول بأن المحاكم المختلطة تنظر إلى الوعد بالزواج والخطبة نظرها إلى أى عمل آخر من أعمال الانسان يخضع لأحكام القانون العامة ولم ترجعه الى الاحوال الشخصية بحال و لم يقم هناك شك فى اختصاص تلك المحاكم فيما ينشأ عن فسخ الخطبة من وجوب رد الهدايا التى قدمت . ولذلك كان من الطبيعى أن لا تثار مسألة القانون الواجب اتباعه فى مسائل الخطبة حتى ان محكمة الاستئناف المختلطة قررت أن العرف جرى بأن ما يهديه الخاطب لخطيبتـه يرد عينا إذا فسخت الخطبة[3]؛فقد أرجعت حكم الرد هنا إلى العرف الجارى و لم ترجعه إلى قانون شخصى ما .

أما المحاكم الأهلية فقد بينا ماذا كان من أمرها فى الاختصاص بنظر دعاوى رد المهر والهدايا إذا فسخت الخطبـة . وقد كان من الطبيعى أنه إذا قضت محكمة ما باختصاصها بالفصل فى هذا الموضوع أن تبحث وراء القانون الذى تطبقه هذه المحكمة . وقد جرى قضـــاء هذه المحاكم على الرجوع

---

(١) طنطا الكلية الأهلية فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة س ١٠ ص ٣٣٦ رقم ١٦٨؛ ومجلة المحاماة الشرعية س ١ ص ٣٣٣ رقم ١٠٥ .

(٢) تراجع الأحكام المشار اليها بالهوامش السابقة .

(٣) حكم الاستئناف المختلط فى ٢ مارس سنة ١٩٢٢ والسابق الاشارة اليه « بلتان » س ٣٤ ص ٢١٤ .

لأحكام القانون الشخصي فالشريعة الاسلاميـة للمسلمين والشرائع الخاصة لغيرهم .

وتطبيقاً لذلك قضى بأن هدايا الخطبة لاتخرج عن كونها نوعا من أنواع الهبة تسرى عليها أحكامها القانونية ، وأن أحكام مذهب الامام أبي حنيفة وهي المعمول بهـا في مسائل الهبة في مصر تقضى بجواز الرجوع فيها ما لم يوجد مانع من الموانع التي حصرها الفقهاء[1]، فيجوز للخاطب أن يرجع فيما قدمه من الهدايا لخطيبته كما هو مقرر بالمـادة ١١٠ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا[2] ، كما قضى بأن من عدل من أبناء طائفة الروم الارثوذكس عن الخطبة بلا موجب فان كان الرجل خسر كل ما قدمه عربونا أوهدايا وإن كانت الأنثى أرجعت العربون والهدايا[3] ، وأن قانون الأحوال الشخصية الخاص بالروم الارثوذكس ينص على أنه : « ليس للشاب أن يسترد ما قدمه لخطيبته بعد فسخ عقد الخطبة الكنائسية التي ارتبط به معها بحضور خادم الكنيسة المذهبي بدون سبب شرعي فان لم تحصل

---

(١) موانع الرجوع في الهبة على مذهب أبي حنيفة هي : ١ — العوض ، ٢ — القرابة المحرمية ، ٣ — الزوجيـة ، ٤ — موت الواهب أو الموهوب له ، ٥ — هلاك الشيء الموهوب أو تغييره من حالة إلى حالة حتى تزول صورته الأولى واسمه ، ٦ — خروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له ، ٧ — زيادة الموهوب زيادة متصلة . يراجع التزام التبرعات للشيخ أحمد ابراهيم بك مجلة القانون والاقتصاد س ٣ ص ٤١ .

(٢) محكمة الاسكندرية الابتدائية الأهلية في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية س ٣٢ ص ٧٣ رقم ٣٠ ؛ استئناف مصر الأهلية في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجلة المحاماة س ١٢ ص ٨٥٥ رقم ٤٢٢ (استئناف الحكم السابق) — يراجع أيضا استئناف مصر الأهلية في ٢٣ مايو سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية س ٢٧ رقم ٤٥ ص ٦٨ .

(٣) وذلك تطبيقا للمادة ١٢ من موجبات فسخ الخطبة من كتاب الداعي الجديد تأليف الخوري عبد الله شقير طبع بيروت سنة ١٩١٤ ص ٥٨٥ . حكم محكمة استئناف مصر في ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ مجلة المحاماة السنة السادسة رقم ٤٨٧ ص ٧٩٥ . المجموعة الرسمية س ٢٧ رقم ١٠٣ ص ١٦١ .

الخطبة بحضور الكاهن جاز للخطيب أن يسترد هداياه ولو فسخ الخطبة بغير سبب شرعى »[١] .

فالمحاكم الأهلية رغم قضائها باختصاصها فيما يرفع من دعاوى برد ما دفع من مهر أو قدم من هدايا أثناء الخطبة إذا فسخت فانها ترجع لقانون الأحوال الشخصية فيما تطبقه من أحكام ، وبذلك تكون الخطبة — طبقا لقضاء المحاكم الأهلية — تابعة لعقد الزواج من حيث القانون الذى يحكمها. ومن ثم يتعين مراعاة أحكام القانون الشخصى عند النظر فى تقرير كل ما يتعلق بالخطبة من الأحكام .

ثانيا : المسئولية الناشئة عن فسخ الخطبة

لقد شاع عرض هذا الموضوع على القضاء فى السنين الأخيرة شيوعا يلفت النظر ؛ إذ أن شعور جمهور الناس إلى عهد قريب كان يأبى عرض مثل هذه القضايا فى ساحات المحاكم رعاية للحرمات الخاصة من أن تلوكها الألسنة فى دور القضاء . ولهذا السبب لا نجد فى المجموعات القضائية من أثر لهذه القضايا قبل عشر السنوات الأخيرة اللهم الا القليل ، وهذا القليل بين غير المسلمين ممن ألفوا العادات الأوربية .

والظاهر أن التطور الاجتماعى الكبير الذى أحدثته الحرب الكبرى والثورة المصرية الأخيرة وما كان له من أثر فى تطور الأخلاق واختلاط النساء بالرجال وتسرب الكثير من العادات الأوربية الى المجتمع المصرى بالشكل الذى نراه اليوم ساعد على تهيئة الظروف لمثل هذه القضايا بما أحدثه من تطور فى صلة الخاطب بمن يخطبها من حيث الاختلاط لدرجة

(١) محكمة كرموز الجزئية الأهليـة فى ١٨ يناير ١٩١٩ مجلة الشرائع س ٦ ص ١٥٢ رقم ٣١ . وفى هذا المعنى أيضا حكم محكمة بنى سويف الابتدائية الأهلية الصادر فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع س ٣ ص ١٠٥ رقم ٢٣ .

تجعل فصم الخطبة بعد ذلك مدعاة للأقاويل فضلا عما فيه من غضاضة على نفس من كان فسخ الخطبة على غير إرادته . فتغير الشعور العام ولم يجد الناس فى عرض مثل هذه القضايا على المحاكم ما كانوا يشعرون به من حرج . وقد عم هذا الشعور جميع الطبقات حتى البيوت التى لا زالت تراعى التقاليد الدينية والاجتماعية القديمة لحد بعيد .

وقد رأينا كيف أن المحاكم الأهلية ترجع لأحكام الشريعة الاسلامية وقوانين الأحوال الشخصية الأخرى فى بيان أحكام المهر والهدايا قبل عقد الزواج وبعد فسخ الخطبة، وكيف أن هذه المحاكم تقيدت بأحكام القوانين الشخصية مما يلزمها (لكى تكون مستقيمة فى قضائها) اتباع أحكام هذه القوانين فيما عدا ذلك من أحكام الخطبة . ولهذا السبب كان الموضوع دقيقاً . فى مثل هذه القضايا تجد المحاكم نفسها أمام قانونين يقيدانها : أحدهما القانون الشخصى ، والآخر هو القانون المدنى . والدقة فى سياسة أحكام كل منهما بحيث لا يتعارضان . ولهذا السبب أيضا كانت دراسة أحكام الخطبة فى الشريعة الاسلامية متعينة باعتبارها القانون العام فى مسائل الأحوال الشخصية . إذ على أساس هذه الدراسة يمكننا أن نقدر أحكام المحاكم الأهلية . ولنبدأ بهذه الأخيرة أولا .

كان على المحاكم لكى تفصل فى هذا الموضوع أن تبين أولا : تكييف الخطبة من الوجهة القانونية ، ثم تبين أثر فسخ الخطبة من أحد الطرفين .

١ — تكييف الخطبة من الوجهة القانونية

تتفق أحكام المحاكم جميعا على أن الخطبة لا تلزم الطرفين باجراء عقد الزواج . والاحكام صريحة فى ذلك . وهذا تحقيق لقاعدة حرية الزواج. فلا تصح دعوى ترفع بطلب عقد زواج تنفيذاً لوعد متبادل أو خطبة . ولم تشذ محكمة من المحاكم عن هذه القاعدة بل لم تتساهل إحداها فى تطبيقها

لأن حرية الزواج فى نظر القضاء من النظام العام (١) .

وتتفق هذه الأحكام أيضا على انكار صفة العقد للخطبة . والأحكام فى ذلك تستند على المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا التى تقضى بأن : « الوعد بالنكاح فى المستقبل ومجرد قراءة الفاتحة بدون اجراء عقد شرعى بايجاب وقبـــول لا يكون كل منهما زواجا وللخاطب العدول عمن خطبها وللمخطوبة رد الخاطب الموعود بتزويجها منه ولو بعد قبولها أوقبول وليها ان كانت قاصرة هدية الخاطب ودفعه المهر كله أو بعضه». كما أنها ترجع فى ذلك الى ما تفهمه من أنه حكم الشريعة الاسلامية فى هذا الموضوع ، وهو ما تنطق به أسباب أغلب هذه الأحكام (٢). هذا ما تفهمه المحاكم من أحكام الشريعة الاسلامية فى هذا الموضوع ، ومنها ما يذهب إلى القول بأن الخطبة مجردة شرعا من كل اعتبار قانونى (٣). وسنرى فيما بعد قيمة هذا القول من الوجهة الشرعية . كما أننا سنرى عند الكلام على الأثر المترتب على فسخ الخطبة من أحد الطرفين اتجاها فى القضاء يحد فى جوهره من هذا الانكار المطلق للخطبة من الوجهتين الشرعية والقانونية .

---

(١) يراجع حكم محكمة الاستئناف الأهلية فى ٢٩ مايو سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية س ٨ ص ٧٧ رقم ٣٨ .

(٢) يراجع فى ذلك حكم محكمة الاسكندرية الكلية الأهلية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية س ٣١ ص ٥٣ رقم ٢٧ ؛ وحكم الاسكندرية الأهلية فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية س ٣٢ ص ٧٣ رقم ٣٠ ؛ واستئناف مصر فى ٢٣ مايو سنة ١٩٢٦ المحاماة س ٦ رقم ٤٨٨ ص ٧٩٨ ، والمجموعة الرسمية س ٢٧ رقم ٤٥ ص ٦٨ ؛ استئناف مصر فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٣٠ المحاماة س ١١ ص ٦٢٦ رقم ٣١٣ ؛ استئناف مصر فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة س ١٢ ص ٨٥٥ رقم ٤٢٢ .

(٣) استئناف ٢٣ مايو سنة ١٩٢٦ و ٣٠ يونيه سنة ١٩٣٠ السابق الاشارة اليهما .

٢ — أثر فسخ الخطبة من أحد الطرفين

فضلا عن رد ما يكون قد دفع من مهر أو قدم من هدايا هل يمكن أن ينبنى على فسخ الخطبة تعويض لأحد الطرفين إذا أصاب الطرف الآخر من ذلك الفسخ ضرر ؟ هذا هو موضوع البحث وهو بيت القصيد . هناك حالة يجب أن نستبعدها أولا فقد قدمنا أن المحاكم اتفقت على إنكار أن الخطبة عقد ومن ثم ففسخها لا يمكن أن يعتبر إخلالا بعقد لأن هذا العقد لم يوجد وهو لا يوجد إلا بعقد الزواج وهو خارج عن موضوعنا . وعلى هذا الأساس لا يمكن القول بأن القضاء المصرى يعتبر الفسخ فى ذاته مصدرا للمسئولية لأنه استبعد المسئولية التعاقدية من هذا المجال[1] .

وبتحليل أحكام المحاكم المصرية فى هذا الموضوع نجد أنها اتجهت إلى ثلاث وجهات مختلفة :

١ — فمنها ما قرر أن الفسخ فى ذاته وإن لم يكن موجبا للتعويض فان الظروف التى تلابس هذا الفسخ قد تكون موجبة للتعويض .

٢ — ومنهـا ما قضى بأن فسخ الخطبة هو حق مقيد وأن الاساءة فى استعماله تستوجب الحكم على المسيء بالتعويض .

٣ — ومنها ما قضى بأنه لا يمكن أن يترتب على فسخ الخطبة حق ما فى أى تعويض .

الرأى الأول :

تقضى بعض المحاكم بأنه وإن كانت الخطبة فى ذاتها غير ملزمة وأن مجرد العدول عنها لا يترتب عليه فى ذاته حق تعويض وذلك إبقاء على حرية الزواج فانه إذا اقترن العدول بخطأ من جانب من عدل فى حق الطرف الآخر سبب

(١) يراجع حكم الاسكندرية الأهلية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ والسابق الاشارة اليه.

لهذا الأخير ضرراً فان من عدل يلزم بتعويض هذا الضرر . فقد قضى[1] بأنه « من المسلم به قانونا اعتبار الزواج والوعد به من النظام العام ومن المسلم به أيضا أن العدول عن الوعد لا يترتب عليه أية مسئولية إلا اذا كان فى هذا العدول ما حمل أحد الطرفين ضرراً ماديا كان أو أدبيا بسبب خطأ وقع ممن عدل فى حق الآخر فالعدول فى ذاته لا يستوجب تعويضا لأنه روعى أن رابطة الزوجية التى تقوم عليها سعادة العائلة يجب أن يترك كل طرف من طرفى العقد فيها حرا طليقا الى آخر لحظة يختار لنفسه مايقدر فيه السعادة دون أن تناقش الأسباب التى دعت الى العدول صيانة لأسرار العائلات إذ المداخلة والتعمق فى بحث هذه الأسباب مما يؤدى غالبا الى نتائج سيئة ضارة بالطرفين لهذا روعى أن تعطى الحرية التامة فى أن يختار كل زوج وكل زوجة الشريك الصالح الذى يستقر الرأى على الارتباط معه برابطة الزوجية . فلم يبق بعد هذا — وقد أجمعت الأحكام والشراح على ما تقدم — الا بحث الخطأ من جانب المدعى عليه ومعرفة إن كان هناك خطأ حقيقة أضر المدعية ماديا أو أدبيا يستوجب الزامه بتعويض مالها » ..

فطبقا لهذا الرأى لا يعتبر الاخلال بوعد الزواج المتبادل مستوجبا فى ذاته للتعويض أى أنه لا مسئولية بسبب الاخلال بعقد لانعدام وجود هذا العقد وإنما المسئولية هنا مترتبة على ما يرتكبه أحد الطرفين من خطأ فى حق الطرف الآخر يسبب له ضرراً ما فيلزم بتعويض هذا الضرر . فأساس المسئولية هنا هو الفعل الضار طبقا للمادة ١٥١ من القانون المدنى الأهلى [2] .

---

(١) محكمة الفيوم الجزئيـة الأهلية فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ مجلة المحاماة س ١١ ص ١٨١ رقم ١١٠ .

(٢) استئناف مصر فى ٢٩ نوفمبر سـنة ١٩٢٥ المحاماة س ٦ رقم ٤٨٧ ص ٧٩٥ ، المجموعة الرسمية س ٢٧ رقم ١٠٣ ص ١٦١ ؛ استئناف أهلى فى ٢٩ مايو سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية س ٨ ص ٧٧ رقم ٣٨ .

وهذا الرأى يتفق مع ما استقر عليـــه قضاء المحاكم الفرنسية فى هذا الموضوع ، فقد قدمنا أنه طبقـا لأحكام المحاكم الفرنسية لا يعتبر الوعد بالزواج منشئا لارتباط قانونى وأن العدول عنه فى ذاته لا يوجب التعويض وأن ما يوجبه هو ما قد يرتكبه الطرف الذى عدل من أخطاء مستقلة عن فعل العدول المجرد وينشأ عن هذه الأخطاء ضرر للطرف الآخر فيعوض طبقا للمادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ من القانون المدنى الفرنسى [١] . وفضلا عن حرمان الخطبة من كل قوة الزام طبقا لهذا القضاء فان المحاكم تنص على عدم جواز البحث فى أسباب العدول عن الخطبة. والمقصود بذلك فوق عدم المســاس بأسرار الأسر كما هو مسطور فى هذه الأحــكام صراحة أن فى هذا الحظر أيضا إبعاد كل مساس بحرية العدول فى ذاته ، ولو أن البحث فى أسباب العدول عن الخطبة قد يكون فى أغلب الأحيان متعينا لادراك وجه الخطأ من جانب من عدل . والواقع أنه يصعب جدا إثبات خطأ من جانب من يعدل بغير تعرض لما دعاه لهذا العدول .

وعلى أساس هذا الرأى أيضاً يكون العدول عن الخطبة اباحة صرفة كالخطبة تماما ، ولا يمكن أن يوصف هذا العدول بأنه حق حتى يمكن القول باساءة استعماله لأن التسليم بوجود حق فى العدول يستلزم القول بأن الخطبة أنشأت ارتباطا [٢] وذلك يتنافى مع القاعدة التى بنى عليها هذا الرأى .

والتمشى مع هذا الرأى إلى نتيجته القانونية المنطقيـــة يقتضى أن يحكم بالتعويض على كل من يرتكب خطأ متصلا بالخطبة وينشأ عنه ضرر للغير ولو كان هذا المخطىء غير طرفى الخطبة ، كما أنه لا يتحتم أن يكون هذا الخطأ من جانب الطرف الذى عدل عن اتمام الزواج بل من الجائز أن يكون من

---

(١) يراجع ماتقدم ص ٨٥ وما بعدها

(٢) يراجع ما سبق القول به عن القضاء المختلط .

الطرف الآخر وأن يكون عدول شريكه بسبب هذا الخطأ فيكون لهذا الأخير رغما عن عدوله حق فى طلب تعويض من الطرف الآخر . ومن ذلك يتبين أن العبارة التى وردت فى حكم محكمة الفيوم السالف الذكره «إلا اذا كان فى هذا العدول ما حمل أحد الطرفين ضررا ماديا كان أو أدبيا بسبب خطأ وقع ممن عدل فى حق الآخر» قول غير صحيح على إطلاقه لان هذا القول يشعر بأن الضرر وبالتالى التعويض لايتصور إلا من جانب من عدل مع أن العكس محتمل وقد يكون صحيحا [١] .

والضرر الذى يصيب أحد الطرفين من جراء خطأ الآخر اما أن يكون ماديا كالنفقات التى يتكبدها فى سبيل الزواج الذى مهد له . و إما أن يكون أدبيا محضا كجرح الشعور والاحساس وتعريض الطرف الآخر للأقاويل . وكلا النوعين يدخل تحت نص المادة ١٥١ من القانون المدنى فيشمله التعويض [٢]. إلا أنه بالرغم من ذلك فقد قضى بأنه لاتعويض إلاعن الخسارة المادية التى تكون نشأت عن عدم الزواج [٣]. غير أن هذا رأى قديم هجره القضاء واستقر على عكسه كما تقدم .

ومن استعراض الاحكام التى تقدمت نجد أن هذا القضاء يتفق والقضاء المختلط فى تكييف الخطبة من الوجهة القانونية وفى الأثر المترتب على العدول عن إتمام الزواج وأساس المسئولية التى قد تنجم عن هذا العدول .

الرأى الثانى :

يتفق هذا الرأى مع سابقه فى أن فسخ الخطبة قد يكون محلا لالزام

(١) ولعل السبب فى صيغة العبارة بهذه الكيفية راجع إلى ظرف القضية الخاص وهو أن المدعى عليه هو الذى عدل عن اتمام الزواج وهو المطالب (بفتح اللام) بالتعويض .

(٢) يراجع استئناف مصر ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ والفيوم الجزئية ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ السالف الاشارة اليهما .

(٣) استئناف أهلى ٢٩ مايو سنة ١٩٠٦ السابق الاشارة اليه .

أحد الطرفين بتعويض ما قد يصيب الطرف الآخر من الاضرار من جراء هذا الفسخ . إلا أنه يختلف عن الرأى الآخر فى تكييف الخطبة من الوجهة القانونية وتكييف العدول عن إتمام عقد الزواج ثم أساس المسئولية وما قد يترتب على ذلك من نتائج .

وأهم ما صدر من الأحكام طبقا لهذا الرأى هما حكمان صدرا من محكمة الاسكندرية الكلية الأهلية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ (١) و ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ (٢) وبخاصة الحكم الأول فهو فضلا عما يتميز به من ظروف القضية التى صدر فيها فقد استعرض الموضوع من جميع نواحيه .

وتبدأ المحاكم التى تأخذ بهذا الرأى بتقرير أحكامها على أساس قواعد الشريعة الاسلامية فى هذا الموضوع من حيث نظرها إلى الخطبة وفسخها وما يترتب على ذلك من آثار وتقرن هذه الأحكام بما يلتئم معها من أحكام القانون المدنى .

وينبنى هذا الرأى على قاعدتين تستخلصهما المحاكم من أحكام الشريعة الاسلامية وهما : أن الخطبة عقد مستحب تنشأ عنه ارتباطات ، وأن العدول عن الخطبة حق استعماله مقيد بحكمة خاصة .

أما عن كون الخطبة عقدا فلم تقل الأحكام بذلك صراحة ولكن سياق التفكير الذى تسلكه هذه الأحكام يشعر بذلك كالمقارنة بين أحكام الخطبة فى القانون الفرنسى وأحكامها فى الشريعة الاسلامية لتأييد وجهة نظرها من حيث مسئولية الخاطب الذى يعدل بقولها: « ان الشريعة الفرنسية تقضى مثل الشريعة الاسلامية بأن الوعد بالنكاح ليس نكاحا وأن لكل من الخاطب والمخطوبة العدول كما تقضى بجواز استرداد الهدايا طبقا للمادة ١٠٨٨ م إلا أن القضاء الفرنسى وهو يرى الوعد بالزواج وعدا باطلا

(١) المحاماة س ١٠ ص ٣٥٠ رقم ١٧٤ المجموعة الرسمية س ٣١ رقم ٢٧ ص ٥٣ .
(٢) المجموعة الرسمية س ٣٢ ص ٧٣ رقم ٣٠ .

لمخالفته لمبدأ حرية الزواج الى حين تمام عقده الرسمى لم يتردد فى تنفيذ إشرافه على المنازعات الناشئة عن العدول عن الخطبة مهما دقت ولم يتردد كذلك فى تقرير مبدأ مسئولية الخاطب الذى يسىء استعمال حقه فى العدول فيضر بمخطوبته أدبيا أو ماديا . فاذا كان هذا هو حكم الشريعة الفرنسية وهى ترى الوعد بالزواج محرما فما بال حكم الشريعة الاسلامية وهى ترى الخطبة سنة مستحبة تحض عليها كمقدمة لزواج (١) .

وطبقا لهذا القضاء ليس العدول عن الخطبة مجرد اباحة للشخص الذى يعدل يأتيها وهو فى مأمن من المسئولية ، وانما هو حق مقيد فى استعماله بوجود مسوغ يقتضيه عندما يظهر أن الزواج المزمع لا يحقق غايته المأمولة ، وأن عدم التقيد بالخطبة « لا يبرر استعمال حق العدول لغير الغرض الذى شرع من أجله ويكون فى ذلك إضرار بالغير وبغى على الاعراض ، فلم تقرر الشرائع الحقوق متعا للافراد يلهون بها ويعبثون وإنما قررتها وأوجبت حمايتها لتحقيق أغراض نظامية سامية وبقدر تحقيق تلك الأغراض تكون حمايته لتلك الحقوق » .(٢)

وتعبر هذه الأحكام دائما عن العدول عن الخطبة بأنه حق وبأن استعماله مقيد بالحكمة التى شرع من أجلها فان خرج عن هذه الحكمة كان اساءة تستوجب الزام فاعلها بتويض ما ينشأ عنها من ضرر . والتعبير عن العدول بأنه حق يستلزم القول بأن الخطبة ينشأ عنها ارتباط والا لما وجد حق العدول إذ أن اعطاء شخص حقاً فى أن يعدل معناه تمكينه من أن

(١) يراجع حكم محكمة الاسكندرية الأهلية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ السالف الذكر .

(٢) حكم الاسكندرية ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المشار اليه سالفا — يراجع أيضا حكم الاسكندرية فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ السابق الاشارة اليه ؛ واستئناف مصر ٣٠ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة س ١٢ ص ٥٣٨ رقم ٢٦٦ .

يتحلل مما هو فيـه وهو فى غير حاجة لذلك إذا كان لم يرتبط بشيء من أول الأمر. وبعبارة أخرى من العبث أن نقول بوجود حق فى العدول إذا لم يكن قد نشأ ارتباط قانونى ما يستدعى التفكير فى العدول عنـه . وهذا يؤيد ما قلناه من أن هذه المحاكم تعتبر أن الخطبة غير مجردة من كل أثر شرعى وإنما هى منشئة لارتباط لحد ما .

وتقضى المحاكم بأن حق العدول هذا مقيد بالحكمة التى من أجلها شرع هذا الحق وهى ظهور ما يخشى منه أن الزواج المزمع لايحقق غايته المأمولة .. ولما كان هذا القيد عاما لايمكن تحديده وهو ليس بقابل للتحديد بحكم طبيعته قررت المحاكم أن لها أن تتعرف سبب عدول الخاطب [1] ، وأن القضاء « لايستطيع أن يتخلى عن سلطته فى تقدير الأفعال التى يترتب عليها اضرار أحد الخطيبين بالآخر سواء كان بسلوكه أثناء الخطبة أو بعدوله عنها بكيفية ضارة احتجاجا بدقة وصعوبة تقدير مثل هذه الأمور الشخصية اللصيقة بالحرمات فما كانت دقة النزاع لتصلح دفعا لعدم اختصاص القضاء بنظره وليس أحق برعاية القضاء واشرافه شيء أكثر من الأعراض والحرمات لمساسها بذات الانسان وهو الذى من أجله شرعت كافة القوانين ونصب القضاء للاشراف على تنفيذها ، وأن فى قيام سلطة القضاء رقيبة على مثل تلك الأمور مايردع عن اساءة التصرف » [2] .

على أن مظهر الأساءة — طبقا لهذا الرأى — لا يقتصر فقط على حق العدول عن الخطبة فهو ينسحب أيضا على حق الخطبة فى ذاته ، فان من يتقدم الى الخطبة ويتمادى فيها وهو يعلم أن مرضه يمنعه عن الزواج مثل هذا الشخص لايكون بمنأى عن المسئولية [3] .

(١) الاسكندرية فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المشار اليه سابقا.
(٢) حكم الاسكندرية ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ السالف الذكر .
(٣) حكم محكمة الاسكندرية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ السالف ذكره .

على هذا الأساس يبنى أصحاب هذا الرأى المسئولية الناشئة عن فسخ الخطبة ويرجعونها إلى الاساءة فى استعمال حق العدول . ولكن المحاكم التى تقضى بذلك تقرر أن المسئولية هنا ليست بالمسئولية التعاقدية « responsabilité contractuelle » وإنمـــا هى مسئولية عن فعل ضار أو جنحة مدنيـــة «responsabilité délictuelle»[١]. وبذلك تناقضت هذه الأحكام مع مامهدت به لهذه المسئولية من أساس فقد تقدم القول بأن حق العدول مقيـد بعدم الاساءة ، وأن القول بوجود حق فى العدول يقتضى القول بالتزام سابق ، فالقول بعد ذلك بأن المسئولية ناشئة عن فعل ضار أو جنحة مدنية « حتى لا يحتج بعدم العقد » كما تقرر محكمة الاسكندرية فى حكمها المشار إليه تناقض مع ما سبق أن قررته . والنتيجة الطبيعية لما مهدت به هو أن تعتبر المسئولية هنا تعاقدية. وبمقارنة هذا الرأى بالرأى الأول يلاحظ أن المحاكم هنا اتجهت بما وصلت إليه المحاكم التى تقضى بالرأى الأول الذى أشرنا له ، ولكن من طريق مختلف كان يقتضى أن تكون النتيجة مختلفة من حيث بيان طبيعة المسئولية المترتبة على العدول .

ومن المحاكم ما يحاول فوق تقييد حق العدول عن الخطبة أن يقيد أيضاً حق استرداد الهدايا بالقيـد السابق وهو أن لا يكون فى العدول إساءة من جانب من عدل . وتستند فى ذلك إلى رأى بعض المؤلفين[٢] فتقرر أن حق استرداد الهدايا ينصرف فقط إلى الأحوال التى يكون فيها العدول حكيما معقولا له مبرره دون أن يمس كرامة المخطوبة أو يهدد مستقبلها بالخطر[٣] . وأكثر من ذلك أن هذه المحاكم تحاول أن تجـد من أحكام الشريعـة

---

(١) الحكم السابق .
(٢) تراجع رسالة عبد الفتاح السيد بك فى حقوق المرأة المتزوجة فى الاسلام ص ٢٩ .
(٣) حكم محكمة الاسكندرية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المشار اليه آنفا .

الاسلامية فى هذا الموضوع — موضوع استرداد الهدايا إذا لم يتم الزواج — أساساً للقول بالمسئولية ، وذلك اعتماداً على رأى من قال بأن علماء الفقه لم ينصوا على حكم الهدايا إذا ما كان عدم إتمام الزواج آتياً من جهة الخاطب كما لو مات أو أبى ، واستنتاجهم من النص فقط على حالة العدول من جانب المخطوبة أو وليها أن رد الهدية مقصور على هذه الحالة ، أما إذا كان من جانب الخاطب فلا رد . وهم يحاولون بذلك القول بأن الفقهاء قصدوا حرمان الخاطب الذى يعدل عن استرداد الهدايا تعويضاً للمخطوبة[1]. وسنرى فيما بعد قيمة هذا الاستنتاج من الوجهة الفقهية ، وما إذا كان من الجائز أن يكون حكم استرداد الهدايا محلا للاستناد عليه فى تقرير التعويض عن فسخ الخطبة أو رفضه .

الرأى الثالث :

وهو الرأى الذى يكاد قضاء محكمة الاستئناف أن يكون قد استقر عليه . وهو يقضى بألا مسئولية مطلقاً على الخاطب الذى يعدل عن إتمام عقد الزواج إذ أن العدول عن الخطبة طبقا لهذا الرأى هو إباحة صرفة لا يمكن أن تترتب عليها أى مسئولية .

وأهم الأسباب التى ينبنى عليها هذا الرأى هى :

١ — ان فقهاء الشريعة الاسلامية لم يتجهوا فى بحثهم إلى استظهار حقوق المخطوبة التى عدل عنها بل قصروا بحثهم فى تتبع حق الخاطب فيما قد يكون دفعه لها قبل العدول . فيفهم من هذا أن العدول أمر مباح إباحة صرفة ، فليس إذن من سبيل إلى تحميل الخاطب الذى يعدل مسئولية عمل مشروع لاسيما

(١) حكم الاسكندرية ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ سالف الذكر — وتراجع أيضا الكتب التى أشار اليها وهى : شرح الأحوال الشخصية للاستاذ الشيخ محمد زيد بك جـ ١ ص ١٧٠ ؛ وحاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٥٠٣

وأن الشريعة لا تحمل الزوج الذى يطلق زوجتـه قبل الدخول إلا خسارة نصف المهر الذى دفعه مع أن الزواج خطوة أبعد أثراً من الخطبة[١].

٢ ـ طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية يجوز للخاطب أن يعدل (المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية) ، وأن هذا الحق اباحة صرفة لا يمكن تقييدها . أما القول بأن استعمال هذا الحق يجب ألا يقترن باسـاءة تطبيقا لحديث «لاضرر ولاضرار فى الاسلام» فقول غير مقبول لأن تطبيق هذا الحديث فى الفقه الاسلامى خاضع لشروط مخصوصة سواء فى التطبيقـات القضائية أو التشريعية . فشروطه فى التطبيقات القضائية أن يكون موضوع المنـازعة بين الخصمين التعارض الحاصل بين الحقوق المقررة لـكل منهما شرعا . أما الحقوق التى لا يتعارض معها حقوق معينة عند تمتع أصحابها فلا يملك القاضى تقييدها بأى وجه من الوجوه مهما نجم عنها من المضار على الأفراد أو الجماعات إذ أنها من المباحات التى لا يترتب على فعلها أو تركهـا استحقاق أى عقاب عملا بالقاعدة الشرعية التى تقول الجواز ينافى الضمان[٢]، والجهة التى تملك تقييد مثل هذه الحقوق إنما هى الجهة التى تملك التشريع للناس كافة .

٣ ـ الخطبة هى وعد بالزواج وعلى مقتضى أحكام الفقه المطردة لا عبرة مطلقا بالوعد فى العقود بجميع أنواعها وذلك لاشتراط الفقهاء خلو الرضاء من كل شائبة وقت الابرام وأهم شوائبه عندهم تقييده بوعد سابق لما يجره هذا التقييد من المنازعات عند تغيير الظروف بين تاريخ الوعد وبين تاريخ إبرام العقد ، وهذه الاعتبارات أولى بعقد الزواج إذ أنه ليس فى حقيقته من

---

(١) استئناف مصر فى ٢٣ مايو سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية س ٢٧ ص٦٨ رقم ٤٥، مجلة المحاماة س ٦ رقم ٤٨٨ ص ٧٩٨ .

(٢) حكم الاستئناف فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٣٠ المحاماة س ١١ ص ٦٢٦ رقم ٣١٣ ؛ يراجع أيضا حكم الاستئناف فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة س١٢ ص٥٥٨ رقم ٤٢٣ .

عقود المعاملات بل هو بناء إجتماعى منوط به توفير السعادة على الزوجين واستتباب السلام العائلى مما لا يتحقق إلا بانعقاده بخالص الرضا بين الطرفين وهـذا الشرط يقتضى خلوه من التقييـــد بالوعد السابق والتعرض للتضمينات (١).

٤ — لا يمكن القول بالمسئولية على أساس الجنحة المدنية " responsabilité délictuelle" وذلك لأن أحكام المسئولية المدنيـــة المستندة الى المادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى المقـابلة للمادة ١٥١ مدنى أهلى لا تختلف عن أحكام المسئولية التعاقدية من حيث الجوهر إذ أن أساس التضمينات فى كليهما يترتب على الاخلال بالواجبات القانونية والفـارق بينهما فى هذه النقطة أن الواجبات فى الحالة الأولى مقررة بمقتضى القوانين الجنائية أو غيرها من القوانين الوضعية بينما هى مقررة فى الحالة الثانية بمقتضى المشارطات أو الاتفاقات المعتبرة قانونا وبهذا القيد الذى لم يختلف أحد فى صحته يصبح إخلال الخاطب بخطبته غير منتج لأية مسئولية قضائية إذ أنه واقع على واجبات مبناها القوانين الأخلاقية والأدبية فقط(٢).

فهذا الرى ينقض سابقيه ولا يقر المسئولية هنا لا على أساس اساءة استعمال الحق باعتبار أن عدول الخاطب من المباحات العامة التى لا يستطيع القضاء أن يحد منها ولا على أساس الجنحة المدنية لأنه لا يوجد واجب قانونى يقضى بالزام الخاطب بالعقد.

وبناء على ذلك قضى بأن الاضرار المـادية التى تلحق المخطوبة من جراء عدول الخـاطب كالجهاز الذى تكون قد أعدته أو ما يستوجبه التعديل فيه لا يسأل عنه الخاطب الذى عدل لأن المخطوبة مجازفة قانونا باعداده وأما

---

(١) حكم الاستئناف ٣٠ يونيه سنة ١٩٣٠ السالف الذكر.
(٢) الحـكم السابق.

شرعا فما كان عليها الزام بالجهاز (تراجع المادة ١١٢ من قانون الاحوال الشخصية)[١]. وأما عن الضرر الأدبى فان بحثه يقتضى التدخل فى أدق الشئون الشخصية والاعتبارات اللصيقة بحرمات الناس وهى تسع كل الاحتمالات وفيها مجال للأعذار الوجيهة التى تقوم فى سبيل قران شخص بأخرى . فليس إذن من الانصاف ولا من الحكمة أن يفتح هذا الباب لتأويلات الخصوم وقضاء المحاكم[٢] . وبذلك رفضت هذه المحاكم كل طلب تعويض عن ضرر سواء كان أدبيا أو ماديا ينشأ عن فسخ خطبة لاى سبب كان .

ومن استعراض الآراء المتقدمة فى القضاء الاهلى نجد أن هذا القضاء لم يستقر بعد ، وان الأحكام متضاربة حتى بين دوائر المحكمة الواحدة . فقد قضت محكمة الاستئناف برفض طلب التعويض رفضا باتاً فى بعض أحكامها ، ومع ذلك نجد لها أحكاما تقضى بالتعويض اما على اساس الخطأ المقارن للعدول واما على أساس اساءة استعمال حق العدول نفسه كما تقدم . والمشاهد أن دوائر المحاكم الابتدائية أميل الى تقرير قاعدة المسئولية عن العدول من دوائر محكمة الأستئناف .

ولا نجد رأيا واحدا يقول بأن الخطبة عقد ملزم باجراء عمل وأن مجرد العدول يستوجب التعويض الا إذا أثبت من عدل أن هناك وجها لرفع المسئولية عنه كما رأينا ذلك فى بعض الشرائع الحديثة . ولم يعرض هذا الموضوع على دوائر محكمة الأستئناف مجتمعة قبل انشاء محكمة النقض كما أنه لم تتح لهذه المحكمة الأخيرة فرصة الفصل فى هذا الخلاف حتى الآن .

---

(١) حكم الاستئناف ٢٣ مايو سنة ١٩٢٦ السابق الاشارة اليه .

(٢) الحكم السابق؛ ويراجع أيضا حكم الاستئناف فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ السالف الاشارة اليه .

الفرع الثالث — الخطبة فى الفقه المصرى الحديث

هذا هو قول القضاء المصرى فى الموضوع وما هو فيه من اضطراب . أما عن الفقه المصرى الحديث فلا نجد أحداً عنى ببحث هذا الموضوع بصفة خاصة اللهم الا بعض أبحاث جزئية أثارتها بعض هذه الاحكام وهى لا تتعدى التعليق بما لا يعد استيفاء للموضوع بحال .

وقد تعرض الاستاذ عبد الفتاح السيد بك لهذا الموضوع فذكر أن الخطبة طبقا لاحكام الشريعة الاسلامية لا ينشأ عنها ارتباط قانونى بين الطرفين الا أنه لا يرى ما يمنع من الحكم بتعويض عما ينجم عن فسخها من ضرر وذلك طبقا للمادة ١٥١ من القانون المدنى الاهلى . وهو يتبع بذلك أحكام المحاكم الفرنسية فى هذا الموضوع [١] . وهو يريد أن يفسر النص الشرعى القاضى باسترداد الهدايا عند فسخ الخطبة بأنه مقصور فقط على حالة ما إذا كان العدول عن الخطبة حكيما معقولا له مبرره دون أن يمس كرامة المخطوبة أو يهدد مستقبلها بالخطر . ولعل هذا هو القول الوحيد بمسئولية من يعدل .

وأما بقية من تصدوا لهذا البحث فقد أنكروا هذه المسئولية بتاتاً على اعتبار « أن الشريعة الاسلامية لا تعتبر الخطبة فى ذاتها صلة قانونية « Lien de droit » تقوم بها التزامات وتكاليف ولا تأخذ بمبدأ إعطاء تعويض عن فسخها لأن أساس التعويض هو الضرر والضرر فى خطبة المسلمين معدوم لأن الدين يمنع بل يحرم اجتماع الاثنين حتى ولا النظر إلى بعضهما بصفة دائمة لكونهما ما زالا أجنبيين عن بعضهما » [٢] ، وأن الشرع الشريف يقضى

---

(١) تراجع رسالة عبد الفتاح السيد بك فى حقوق المرأة المتزوجة فى الاسلام ص ٢٩ و ٣٠ .
(٢) مقال الأستاذ أحمد محمد الأزهرى المحامى فى الجريدة القضائية س ١ عدد ١١ ص ٢ بنصه .

بأنه فى حالة الطلاق قبل الدخول وهو خطوة أبعد من العدول عن الخطبة التى لم يعقبها عقد زواج لا يتحمل الزوج إلا خسارة نصف المهر فكيف يصح الزامه بتعويض قد يزيد على نصف المهر إن هو عدل عن الخطبة فقط (١).

ولقد استفتى فضيلة الشيخ محمد بخيت مفتى الديار المصرية سابقا فى هل يدفع الخاطب تعويضا لمخطوبته إذا أخل بوعد الخطبة فلقد حكم بالتعويض بعض المحاكم الأهلية فهل هذا جائز شرعا ؟ فأجاب بما ملخصه أن الخطبة ليست إلا وعداً لا يجب شرعا الوفاء به إذ لا يقيد واحداً من الخاطب والمخطوبة بشىء للآخر ولا يمنع كل واحد منهما من أن يعدل عن أن يتزوج بالآخر ومن ذلك يعلم أنه لاوجه أن يلزم من يمتنع عن العقد بعد الخطبة من الخاطب أو المخطوبة بتعويض لأن كل واحد منهما لم يفوت على الآخر حقا حتى يلزم بالتعويض بل بعد الخطبة لكل واحد منهما الحرية التامة شرعا فى أن يتزوج بمن شاء (٢) .

(١) يراجع مقال الاستاذ محمد لطفى جمعه المحامى بمجلة المحاماة الشرعية س ١ ص ٥٧٣ .

(٢) فتوى فى ١٩ صفر سنة ١٣٤٩ بمجلة المحاماة الشرعية س ٢ ص ٤٤ .

الفصل الرابع

الخطبة فى الشريعة الاسلامية

الخطبة شرعا هى طلب المرأة للتزوج[1]. وهى مقدمة لعقد الزواج ووسيلة اليه ؛ ولذلك كانت صحة الخطبة مشروطة بحل التزوج أى لايجوز إلا خطبة المرأة التى يجوز العقد عليها ، فان كانت محرمة عليه مؤبداً امتنعت خطبتها للأبد وإلا فتى يحل له نكاحها [2] .

فلا تحل خطبة المتزوجة ولا المطلقة طلاقاً رجعيا باجماع المذاهب وذلك لبقاء أحكام الزواج فى الطلاق الرجعى فهو لا يرفع لا الحل ولا الملك [3]. ومعتدة الوفاة تحل خطبتها تعريضاً إجماعا . وأما المعتدة لطلاق بائن فعلى مذهب الامام مالك يجوز التعريض بخطبتها [4] ، وكذلك على مذهب الحنابلة[5]. وعلى مذهب أبى حنيفة لا يجوز التعريض بخطبة المعتدة لطلاق إطلاقا[6]. وأما عند الشافعية فقد إختلفوا فيما إذا كان يجوز التعريض بخطبة معتدة من طلاق بائن فعلى قول يجوز وهو الأظهر عندهم وعلى قول آخر لايجوز ذلك [7] .

---

(١) كتاب الأستاذ أحمد ابراهيم بك بند ١١ . وقيل هى ما يفعله الطالب من الطلب والاستلطاف بالقول والفعل (نيل المرام ص ٧٧) . وقيل انها الذكر الذى يستدعى به إلى عقدة النكاح (أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٢٢) .

(٢) الشيخ أحمد ابراهيم بك بند ١٦ .

(٣) الشيخ أحمد ابراهيم بك بند ١٨ .

(٤) مواهب الجليل ج ٣ ص ٤١٧ ؛ الزرقانى ج ٣ ص ١٦٧ .

(٥) كشاف القناع ج ٣ ص ١٠ .

(٦) البحر ج ٤ ص ١٦٤ ؛ ابن عابدين ج ٢ ص ٨٥٢ .

(٧) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٦ .

ووجه تحريم خطبة المعتدة لوفاة تصريحا وجواز خطبتها تعريضاً قوله تعالى « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً » . . .الآية والآية التى تليها(١).
ووجه القول بجواز خطبة المعتدة من طلاق بائن أن المطلقة ليست فى نكاح لاحقيقة ولا حكما فأشبهت المعتدة من وفاة . ووجه من يقول بعدم جواز التعريض بخطبتها خلافا للمتوفى عنها زوجها أن المعتدة من الوفاة يؤمن عليها الخيانة فى أمر العدة بسبب الخطبة ، فان عدتها تنقضى بالأشهر أو بوضع الحمل . أما المبانة فقد تنقضى عدتها بالاقراء وهو الكثير الغالب فلا يؤمن عليها الخيانة بسبب رغبتها فى هذا الخاطب ، وكيفية الخيانة أن تخبر بانقضاء عدتها فى وقت يحتمله مع أنها فى الواقع لم تنقض . فللاحتياط امتنعت خطبتها (٢) .

ويطلق الفقهاء لفظ الخطبة للدلالة على معنيين : الأول إظهار الرغبة من جانب أحد الطرفين فى التزوج بالآخر ، والثانى توافق الطرفين على ذلك . ورتبوا أحكاما لكل من الحالتين (٣) .

فمجرد إظهار الرغبة فى التزوج رتبوا عليه حل نظر الخاطب لمن خطبها ونظرها هى اليه كذلك (٤) . والظاهر من أقوالهم أن النظر إلى المرأة يحل من الوقت الذى تقوم فيه الرغبة بنفس الرجل لخطبتها وقبل أن يظهر هذه الرغبة إذ أنه فى هذه الحالة تظهر حكمة نظره اليها فاذا صادفت من نفسه قبولا خطبها وإلا أحجم فالنظر اليها قبل طلبها أولى (٥) . ولا يرتب الفقهاء على

(١) ٢٣٤ و ٢٣٥ من سورة البقرة . والتعريض هو ما تضمن الكلام من الدلالة على شىء من غير ذكر له كأن يقول لها لاتفوتينا نفسك مثلا . أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٢٢ .
(٢) يراجع كتاب الأستاذ أحمد ابراهيم بك بند ١٨ .
(٣) يلاحظ ذلك فى الترتيب الذى وضعه قدرى باشا فى قانون الأحوال الشخصية بالنص على حكم المادة الثالثة (رؤية المخطوبة) قبل الحكم الوارد بالمادة الرابعة (التواعد بالزواج) .
(٤) الشيخ أحمد ابراهيم بك بند ١٣ ؛ مواهب الجليل ج ٣ ص ٤٠٤ ؛ كشاف القناع ج ٣ ص ٥ ؛ نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٤٤ .
(٥) نهاية المحتاج ج ٥ ١٤٤ ؛ ويراجع نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٩ — ٢٤٠ والأحاديث التى وردت به .

مجرد إظهار الرغبة فى التزوج أى أثر قانونى .

وإذا صرح الخاطب بخطبته وركنت المخطوبة أو وليها إلى هذه الخطبة أى قبلتها فقد أجمع الفقهاء على أنه لا يحل لغيره أن يتقدم لطلبها وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر » وفى حديث آخر « لا يخطب الرجل على خطبة الرجل حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن » وفى رواية أخرى « لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك » . ويشترطون لتحريم الخطبة على الخطبة أن تكون المخطوبة قد ركنت إلى خاطبها أى قبلته وأن يكون ذلك القبول بالقول صراحة ولو كانت بكراً [(١)] .

والذى يفهم من قولهم هذا هو أنهم جعلوا الخطبة إذا ما حصلت من الطرفين بأن يتقدم أحدهما ويقبله الطرف الآخر تقيد الغير فلا يصح أن يتقدم لخطبة أحدهما سواء كان رجلا أو امرأة . والمنع هنا للتحريم حتى أن داود الظاهرى قال بفسخ النكاح الذى يعقده الخاطب الثانى سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده وهو رواية عن مالك ، ومن المالكية من يقول بالفسخ قبل الدخول لا بعده [(٢)] . ولا تجوز الخطبة على الخطبة ولو كان الخاطب الأول غير مسلم على مذهب الشافعية والمالكية . كما أنه لا فرق بين أن تكون الخطبة من الرجل والركون من المرأة أو أن المرأة هى التى خطبت الرجل وقبلها [(٣)] .

---

(١) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٥٧ و١٥٨ ؛ كشاف القناع جـ ٣ ص ١٠ ؛ نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٥ و٢٣٦ ؛ بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣ ؛ البحر جـ ٤ ص ١٦٤ ؛ ابن عابدين جـ ٢ ص ٨٠١ و٨٠٢ ؛ مواهب الجليل جـ ٤ ص ٤١٠ و٤١١ .

(٢) مواهب الجليل جـ ٤ ص ٤١٢ ؛ نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٦ ؛ شرح الزرقانى جـ ٣ ص ١٦٤ ؛ وبداية المجتهد جـ ٢ ص ٣ .

(٣) المراجع السابقة .

ومن استعراض هذه الأحكام يتبين أن السبب فى هذا التحريم راجع لتعلق حق كل من الطرفين بصاحبه وبذلك صار المحل مشغولا فلا يتسع لغير من خطب أولاً . وهذا مادعا البعض للقول بفسخ الزواج الذى يحصل رغم قيام الخطبة الأولى ولو أن القول بذلك فيه نظر لأن عقد الزواج فى هذه الحالة يتضمن حتما عدول أحد الطرفين عن الخطبة الأولى وهو ماسنراه جائزاً وبذلك يمكن القول بأن الارتباط الذى كان بين الخاطبين قد انفصل قبل هذا الزواج اللهم إلا إذا قلنا بأن الخاطب الثانى يعامل بنقيض مقصوده (١) .

فلا يمكن القول والحالة هذه بأن الخطبة مجردة شرعاً عن كل قيمة ، فقد رأينا مما تقدم أنها عبارة عن ارتباط بمعنى الكلمة ، ولذلك فان خطبة غير المسلم ملزمة للمسلم طبقا للرأى الأرجح ولا يمكن أن يحمل ذلك على أنه مجاملة منعا للمنازعات ولكن المنع هنا قياسا على العقود الأخرى فان عقود غير المسلم تصح وتسرى على هذا الأخير . وعلى هذا الأساس يمكننا أن نقول ان الخطبة فى الشريعة الاسلامية عبارة عن تعهد بين الطرفين على اجراء زواج فى المستقبل . وهذا هو الذى يعلل إلزامها لغير طرفيها كما تقدم إجماعا وفسخ الزواج الذى يحصل رغم وجودها على رأى البعض . ولا تعارض بين هذا القول وبين ما ورد فى المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا من أن « الوعد بالنكاح فى المستقبل ، ومجرد قراءة الفاتحة بدون إجراء عقد شرعى بايجاب وقبول لا يكون كل منهما نكاحا » . فهى ليست بنكاح وإنما تعهد باجراء عقد نكاح فى المستقبل ، ولا يوجد فى الشريعة الاسلامية ما يفيد أن التعهدات محصورة العدد والصور ، وفرق بين

---

(١) وذلك قياساً على من يحرض امرأة على مضارة زوجها حتى يطلقها لتتزوجه فانها تحرم عليه (فتاوى الشيخ عليش جـ ١ ص ٢٨٤) .

التعهد وبين تنفيذ هذا التعهد . وهذا هو الذى يفسر لنا مسألة العـدول التى سيأتى ذكرها حالا .

ومما يؤيد كون الخطبة بمعناها هذا تعتبر تعهدا بين الطرفين تحريم التصريح بالخطبة فى أثناء العدة وإباحة التعريض فى بعض الحالات ، فان الحكمة فى ذلك —على ما نرى— هى أن المرأة وهى فى العدة ترتبط بحق شخص فلا يمكن أن ترتبط مع غيره ، ولذلك أبيـح التلميح لا التصريح لأن التلميح لا يمـكن أن ينشأ عنه ارتباط لعدم صراحة القول . وكما تقدم القول أيضـا لا تمنع خطبة التعريض من خطبة الغير عليها والحكمة واحدة فى الأمرين . وفضلا عن ذلك فان من التعسف فى القول أن يقال بأن للخطبة أثرا بالنسبة للغير ولا يكون لها هذا الأثر بالنسبة لطرفيها .

العدول عن الخطبة :

« للخاطب العدول عمن خطبها وللمخطوبة أيضـا رد الخاطب الموعود بتزويجها منه ولو بعد قبولهـا أو قبول وليهـا إن كانت قاصرة هدية الخاطب ودفعه المهر كله أو بعضه » هكذا تنص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا ، وهى تردد الحـكم الشرعى الذى اتفقت عليه جميع المذاهب وهو أن العدول عن الخطبة جائز مادام أن عقد النكاح الشرعى لم ينعقد .

إلا أن حق العدول هذا وان كان مقررا فهو ليس بمطلق بل هو مقيد بغرض خاص . وأول ما يوصف به أنه مكروه فقد ورد فى مواهب الجليل للحطاب [١] ما نصه « هل لمن ركنت اليه امرأة وانقطع عنها الخطاب لركونها اليه أن يتركهـا أو يكره والظاهر أنه يكره » [٢] . إلا أن الـكراهية لا تلحق

(١) جـ ٣ ص ٤١١ .

(٢) يراجع فى هذا المعنى أيضا فتاوى الشيخ عليش جـ ١ ص ٢٩٩ .

استعمال هذا الحق الا إذا كان هذا العدول لغير غرض مشروع فقد ذكر صاحب كشاف القناع [١] « ولا يكره للولى المجبر الرجوع عن الاجابة لغرض ولا يكره للمرأة غير المجبرة الرجوع عن الاجابة لغرض صحيح لأنه عقد عمر يدوم الضرر فيه فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر فى حظها والولى قائم مقامها فى ذلك وبلا غرض صحيح يكره الرجوع منه ومنها لما فيه من إخلاف الوعد والرجوع عن القول ولم يحرم لأن الحق بعد لم يلزم » .

وهذا القول صريح فى أن جواز الرجوع مقيد بأن يكون الرجوع لغرض صحيح فيه دفع ضرر عنها لأن عقد الزواج مؤبد فان انتفت حكمة الرجوع هذه كان مكروها .

وقولهم بأن الرجوع مكروه وعدم قولهم بأنه محرم يرجع إلى أن عقد الزواج لم يتم بعد حتى يقال أن الرجوع محرم ، ومعلوم أن المحرم معناه الممنوع ، ومما لا خلاف فيه أنه لا يمنع الرجوع إلا عقد الزواج . ويفهم من قول صاحب كشاف القناع (أن الحق بعد لم يلزم) أمران : الأول — أن هناك حقاً ، والثانى — أن هذا الحق غير لازم . فأما وجود هذا الحق فهو ما قلنا به من قيام تعهد بين الطرفين نشأ عنه هذا الحق وإلا فمن أين نشأ إذا قيل بعدم وجود رابطة شرعية ؟ وأما كونه غير لازم فمانقول به أيضاً لسببين : الأول أن عقد النكاح لم يتم ولا يمكن الالزام به قبل حصوله ، والسبب الثانى — ويمكن اعتباره علة للسبب الأول — هو ما قاله المؤلف المذكور من أن عقد الزواج عقد عمر فيجب أن تترك الحرية التامة لكل من الطرفين قبل أن يتقيدا به من غير أن تكون هناك سلطة الزام باجرائه إذا لم تتوافر الارادة من قبلهما .

والنتيجة لكل ما تقدم هى أن الخطبة تعهد يربط الطرفين ويقيد الغير

---

(١) جـ ٣ ص ١٠ و ١١ .

مادام قائمـا بين الطرفين ، وأن لـكل من الطرفين أن يعدل عنه إذا كان لهذا العدول مبرر . فاذا كان للعدول ما يبرره شرعا فلا شيء على الناكل وقد يكون له حقوق قبل الطرف الآخر ، وأما إذا كان بغير مبرر شرعى فلذلك جزاء سنبينه فيما يلى .

وتقييد حق العدول هذا بالمبرر الشرعى تطبيق للقاعدة العامة فى الحقوق الفردية والتى سبق بيـانها فى مقدمة هذا الـكتاب من أن كل حق مقيد فى استعماله بالحـكمة الغائية التى من أجلها شرع هذا الحق . وأن استعمال هذا الحق لغرض يتنافى مع هذه الحـكمة يعد إساءة له توجب مسئولية المسيء .

وتتبين حكمة حق العدول من حكمة تشريع الخطبة فى ذاتها ، وقد سبق أن رأينا أن الحـكمة من ذلك هى إعطاء الفرصة لـكل من الطرفين لأن يقف على حقيقة أمر صاحبه لأن الزواج عقد عمر يستلزم وجود ما يمهد له منعا للتورط فى عمل قد يكون وخيم العاقبة . والعدول هو التقاة من هذه النتيجة إذا ظهر أن عقد الزواج لن يحقق الغاية المرجوة منه فهنا يكون العدول مبررا ، أما إذا كان بقصد مضارة الطرف الآخر أو كان عن هوى وعدم تبصر لمجرد اللهو والعبث كان استعمالا سيئا لحق العدول وعلى الناكل مسئولية مـا فعل .

الأثر المترتب على فسخ الخطبة .

أول ما يتجه اليه النظر إذا ما فسخت الخطبة هو مصير ما يكون قد قدمه الخاطب لمخطوبته من هدايا وما يـكون قد دفعـه من المهر . ولذلك عنى فقهاء الشريعة الاسلامية بذلك وفصلوا له الحل الفقهى الملائم .

فأما ما يدفعه الخاطب على أنه من المهر فلا خلاف فى جواز استرداده وذلك لأن المهر يستحق للزوجة بعقد النكاح وما دام أن العقد لم يتم فسبب

استحقاقها له غير قائم فللخاطب استرداده ولو كان العدول منه على أية حال . وعلى ذلك جميع المذاهب .

وأما عن استرداد الهدايا فمرجع ذلك الى تكييفها من الوجهة الفقهية وعلى أساس هذا التكييف تترتب أحكامها وهو مافعله الفقهاء . وهدية الخطبة لاتخرج عن واحد من أمرين : فاما رشوة (١) ، واما هبة . وحكم الرشوة أنها لاتخرج من ملك الراشى ولاتدخل فى ملك المرتشى ، فعليه ردها قائمة ورد بدلها هالكة أو مستهلكة (٢) . والهبة اما أن تكون بشرط العوض ، واما أن تكون هبة محضة . والعوض فى الحالة التى نحن بصددها أمر غير مالى ولكن فيه منفعة للواهب . وحكمها أن الهبة صحيحة والشرط معتبر سواء كان صريحا أو ضمنيا فاذا حصل الوفاء بالشرط سلمت الهبة لها والا فعليها ردها قائمه أو بدلها ان كانت هالكة على أرجح الاقوال . (٣)

وقد اعتبر الفقهاء أن الهدايا التى يقدمها الخاطب لمن خطبها من قبيل الصلة أى الهبة المحضة . وفى جواز الرجوع فى الهبة ثلاثة آراء :

الاول — وهو رأى جمهور الفقهاء أنه لايجوز الرجوع فى الهبة مطلقا الا فيما يهبه الوالد لولده .

الثانى — قول أبى حنيفة وأصحابه وهو جواز الرجوع فى الهبة مالم يوجد مانع من ذلك . (٤)

الثالث — ماذهب اليه طائفة من العلماء ومنهم أهل الظاهر وهو أنه

(١) عرفوا الرشوة بأنها ما يعطيه الانسان لغيره للتوصل بذلك إلى غرض له يقوم المرتشى بتحقيقه أو بمساعدته على الوصول اليه بما يمكنه من ذلك .

(٢) مقال الهدايا قبل الزواج أيضا لفضيلة الشيخ أحمد ابراهيم بك بالجريدة القضائية س١ عدد ٧ ص ٣ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) وموانع الرجوع فى الهبة على مذهب أبى حنيفة سبعة وقد تقدم ذكرها ص ٧٢ هامش رقم ١ .

لايجوز الرجوع فى الهبة مطلقا .(١)

وعلى ذلك اذا أهدى الخاطب الى مخطوبته هدايا قبل العقد ثم عدل عن التزوج بها كان له حق الرجوع فى هديته مالم يوجد مانع من الموانع كهلاك الهدية أو خروجها من ملك الموهوب لها أوتغيرها أو أخذه عوضا عنها الخ. هذا هو مذهب أبى حنيفة وأصحابه بالاجماع (قولا واحدا) لأن الهدية نوع من الهبة ففى جميع الاحوال التى يجوز فيها الرجوع فى الهبة يجوز فيها الرجوع فى الهدية ، والهدية هنا لأجنبية — أى غير زوجة — فجاز الرجوع فيها مالم يوجد مانع آخر . وعند جمهور الفقهاء لا يجوز الرجوع فى الهدية كما لايجوز الرجوع فى الهبة الا فيما يهبه الوالد لولده ، وهذه لاتتأتى هنا لان الانسان لا يخطب محرمه . لكن المختار فى مذهب مالك أنه لو تم الزواج بينهما فلا رجوع ، وان حصل عدول عنه فلم يعقد عليها فان كان العدول منه فكذلك وفى هاتين الحالتين الحكم جار وفق القواعد الاصلية ، أما اذا كان العدول من المخطوبة فان الخاطب يرجع فيما أهداه سواء أكانت الهدية باقية أم هالكة وفى الحالة الثانية يرجع ببدلها من مثل أو قيمة الا اذا كان هناك عرف أو شرط فيعمل به (٢) .

---

(١) يراجع مقال تعويض الزوجة عن الاخلال بوعد الزواج لفضيلة الأستاذ أحمد ابراهيم بك بالجريدة القضائية س ١ العدد ٤ ص ٢ .

(٢) يراجع مقال التزام التبرعات لفضيلة الأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم بك بمجلة القانون والاقتصاد عدد ١ س ٣ بند ٤١ ص٦٠ و٦١ — ويراجع فى هذا الموضوع أيضا ابن عابدين ج٢ص٥٠٢ ؛ والبحرج٣ ص ١٩٩ ؛ ومجمع الضمانات ص٣٤١ ؛ وفتاوى الشيخ عليش ج ٢ ص ٢٩٥ — وقد أخذ بمذهب الامام مالك فى مشروع تعديل قانون الأحوال الشخصية سنة ١٩١٥ فى هذا الموضوع . فنص فى هذا المشروع على أنه « إذا كان العدول من جهة الخاطب فليس له أن يسترد شيئاً مما أهداه ولا أن يرجع بشىء مما أنفقه وان كان من جهة المخطوبة فللخاطب أن يرجع بما أنفق وأن يسترد الهدية ان كانت قائمة أو قيمتها ان استهلكت أو هلكت ما لم يكن شرط أوعرف بغير ذلك فيتبع » . مقال الشيخ أحمد ابراهيم بك بالجريدة القضائية س ١ العدد ٤ ص ٢ ؛ وكتاب فضيلته بند ٢٢ بالهامش .

أما النفقة على المخطوبة فما أكلته معه لايرجع فيه بشيء لان ذلك من قبيل الاباحة ، وما أخذته من الدراهم قيل انه رشوة فيرجع فيه مطلقا سواء تزوجها أو لا . وقيل إنه فى حكم الهبة بشرط العوض فلايرجع فيه اذا تزوجته لتحقق الشرط ويرجع اذا لم تتزوجه ولو لم يصرح بالشرط ، وقيل انه من قبيل الصلة المحضة ما لم يشترط التزوج . وأرجح هذه الاقوال هو الثانى ويليه الاول أو يوازيه فى القوة [١] .

والذى يظهر مما تقدم هو أن فقهاء الشريعة الاسلامية أجروا على هدايا الخطبة أحكام القواعد العامة فى الهبات ، ولم يخصصوا لها أحكاما خاصة بغض النظر عما قد يلابس العدول عن الخطبة مما يشوب حق الرجوع هذا . وأما ماورد فى مذهب الامام مالك فى حالة العدول من جهة المخطوبة وهو الزامها برد الهدايا القائمة وبدل الهالك أو المستهلك منها فانه وان كان استثناء من القاعدة الاصلية فى مذهبه بشأن الرجوع فى الهبة فان هذا الاستثناء له مايبرره من المصلحة (ويلاحظ أن الاخذ بالمصالح المرسلة من أصول مذهب الامام مالك) وذلك منعا للتغرير بالناس والتلاعب بهم وأخذ مالهم بلا مقابل .[٢] ويلاحظ أن حكم الزامها برد الهدايا ورد مطلقا أى سواء كان عدولها لسبب صحيح أم لا فلا يحمل هذا النص على غير ماتقدم .

هذه هى أحكام الهدية التى يهديها الخاطب لمن خطبها . ولكن هناك حالات تقوم المخطوبة فيها بنفقات بسبب الخطبة أو يقوم الخاطب نفسه بهذه النفقات لهذا السبب ثم يعدل الطرف الآخر عن الخطبة فيضيع على الخاطب أو المخطوبة ما أنفقه أو أنفقته بسبب الخطبة ، وقد يحصل أن تكون الخطبة سببا فى

---

(١) مقال الشيخ أحمد ابراهيم بك « الهدايا قبل الزواج أيضاً » الجريدة القضائية س ١ عدد ٧ ص ٣ بند ٧ .

(٢) كتاب الشيخ أحمد ابراهيم بك بند ٢٢ بالهامش ؛ ومقال فضيلته بالجريدة القضائية س ١ عدد ٤ ص ٣ عامود ١ بالهامش .

ضياع فرص على الخاطب أو على المخطوبة . فما حكم ذلك فى الشريعة الاسلامية ؟

لم نجد لفقهاء الشريعة نصا فى هذا الموضوع . والظاهر أن طبيعة الحياة الاجتماعية فى وقتهم لم تكن تسمح باثارة هذه المسائل ، وهذا هو الذى يفسر سكوتهم عنها ، فان الأحكام الفقهية كانت توضع لوقائع فردية وعن جزئيات يشرّعون لها الحلول الملائمة لها إستنباطاً من مصادر الفقه المختلفة بحسب أصول كل مذهب من المذاهب . ولكننا مع ذلك نجد ما يقرب هذا الموضوع .

تكاد كتب الفقه جميعها تجمع على أن الخطبة لم تخرج عن كونها وعداً بالزواج . والعدة وإن كانت غيرملزمة قضاء طبقا لآراء أغلب الفقهاء فأن لها أحكاما فى مذهب الامام مالك . فعندهم الوفاء بالوعد مطلوب بلا خلاف ، واختلفوا فى وجوب القضاء بها على أربعة أقوال : الأول — أنه لا يقضى بها مطلقاً . الثانى — يقضى بها مطلقاً . الثالث — يقضى بها إن كانت على سبب ولو لم يدخل الموعود بها فى شىء كقولك أريد أن أتزوج أو أن أشترى كذا أو أن أقضى غرمائى فأسلفنى كذا أو أريد أن أركب غدا إلى مكان كذا فأعرنى دابتك أو أن أحرث أرضى فأعرنى بقرك فقال نعم ثم بدا له قبل أن يتزوج أو أن يشترى أو أن يسافر فان ذلك يلزمه ويقضى عليه به وكذا لو لم تسأله وقال لك هو من تلقاء نفسه أن أسلفك كذا أو أهب لك كذا لتقضى دينك أو لتتزوج أو نحو ذلك فان ذلك يلزمه ويقضى عليه به ، ولا يقضى بها إن كانت على غير سبب كما إذا قلت أسلفنى كذا ولم تذكر سبباً أو أعرنى دابتك أو بقرك ولم تذكر سفراً ولا حاجة فقال نعم ثم بدا له أو قال هو من نفسه أنا أسلفك كذ أو أهب لك كذا ولم يذكر سبباً ثم بدا له . الرابع — يقضى بها إن كانت على سبب ودخل الموعود بسبب العدة فى

شيء ، وهذا هو المشهور من الأقوال ، ومثل ذلك أن يقول شخص لآخر اهدم دارك وأنا أسلفك ما تبنى به غيرها أو تزوج امرأة وأنا أسلفك ففعل ؛ وذلك لأن الواعد أدخل الموعود بوعده فى ذلك فيقضى عليه به . ومن الأمثلة التى ضربوها لذلك من حلف ليوفين غريمه إلى أجل فلما خشى الحنث ذكر ذلك لرجل فقال لا تخف ائتنى هذه العشية أعطيكها فلما كان العشى جاءه فأبى أن يعطيه فقال له أعذرتنى حتى خفت أن يدخل علىّ الطلاق . وقيل ان ذلك لا يلزمه وقيل انه يلزمه وهو الأظهر لأنه غره ومنعه أن يحتال لنفسه بما يبريه من سلف أو غيره . والقول الأول مبنى على أن العدة لا يقضى بها ولو كانت على سبب ودخل فى السبب ، والثانى مبنى على أنه يقضى بها إذا كانت على سبب ، وعلى المشهور أيضاً لأنه قد أدخله بسبب العدة فى عدم الاحتيال لنفسه حتى خشى العنت (١) .

فاذا قلنا بأن الخطبة وعد (وهو أضعف من التعهد) وتكبد أحد الطرفين نفقات بسبب هذه الخطبة فيمكن قياساً على ما تقدم الزام من نكل بتعويضه عن تلك النفقات ؛ فان الموعود قد دخل بسبب العدة فى هذه النفقات إذ لولاها لما كبد نفسه إياها ، وما دام الأمر كذلك فهو مسئول عن تعويضها . وعلى ذلك إذا قامت المخطوبة بشراء جهاز لها أو قام الخاطب بشراء معدات للعرس ونكل الطرف الآخر فهو مسئول عن تعويض هذه النفقات .

وقد يعترض على ذلك بأن الخاطب الناكل لم يعد بدفع هذه النفقات حتى يمكن الزامه بها طبقاً لهذا الرأى . ولكن هذا القول مردود بأنه قد وعد بما هو السبب المباشر لهذه النفقات وهو الزواج وعلى أساس وعده هذا

---

(١) يراجع فى ذلك كله كتاب الالتزامات للحطاب (وهو مطبوع بالجزء الأول من فتاوى الشيخ عليش) ص ١٧٧ — ١٧٩ .

كانت تلك النفقات . فان كان الزامه باتمـــام الزواج غير جائز ضمانا لعقد الزواج بالحرية الـكفيلة بتحقيق المصالح المرجوة منه فلا أقل من أن يلزم بتعويض هذه التفقات لأنه هو الذى تسبب فيهـا أولا بوعده ، وهو الذى تسبب فى ضياع فائدتها ثانيا بنكوله عن هذا الوعد .

وقد يقـال أيضاً بأن هذا يصدق على كل نـكول ولو كان مبرراً لأنه عدول على أى حال . ولـكن ذلك مردود بأن العدول إذا كان مبرراً من جانب فالمسئول عنه هو الجانب الآخر وبذلك يكون هو المتسبب فى ضياع ماله على نفسه فلا ضمان على النا كل .

وقد رأينا فيما مر أنهم اعتـبروا من يعد آخر بسداد دين عليه وجعله يعتمد على وعده هذا فلم يسع فى الاحتيـال لنفسه ملزما بالوفاء بوعده لأن الموعود له قد دخل بسبب العدة فى أمر وهو عدم الاحتيال لنفسه حتى خشى العنت . فاذا قربنا مسألة الخطبة لهذا القول أفلا يمكن القول بأن ركون أحد طرفى الخطبة للآخر وعدم احتياله على الزواج من شخص آخر أو عدم قبول زواج غيره أو خطبته أمراً دخل فيه هذا الطرف بناء على وعد الطرف الآخر فيكون هذا الأخير مسئولا عنه ؟ وتصوير ذلك فى حالة المخطوبة أظهر وأعم وقوعا . وإذا قيل بأن الواعد فى المثل الذى أوردوه يلزم بشىء معين محدود وهو ما وعد به بخلاف الحالة التى نحن بصددها فيرد على ذلك بأن الواعد الذى يرجع عن وعده يلزم بما يعوض على الطرف الآخر ما ضاع عليه بسبب ركونه له وعدم احتياله لنفسه .

وإذا ما تقرر ذلك على اعتبار أن الخطبة لم تتعد مجرد الوعد فهو أولى وقد بينا أن الخطبة فى الشريعة الاسلامية تعتبر تعهداً بمعنى الـكلمة . ولا نظن أن الشريعة الاسلامية السمحة لا تقرر ذلك ، بل ان ذلك مقتضى محض القياس على ما قاله فقهاؤها ، وهو عين المصلحة .

الفصل الخامس

تمحيص القضاء المصرى فى هذا الموضوع

رأينا فيما تقدم أن المحاكم المختلطة جرت فى قضائها على اعتبار الخطبة وما يتعلق بها عملا قانونياً يخرج عن نطاق الأحوال الشخصية ، تختص بالنظر فيما ينشأ عنه من منازعات ، وتطبق عليها قواعد القانون العامة بغير رجوع لقوانين الأحوال الشخصية . وفيما يتعلق بهدايا الخطبة تقضى بردها إذا ما فسخت على اعتبار أن العرف المتبع فى هذه المسألة يقضى بذلك .[1] فهى لا ترجع فى هذا الموضوع أيضاً لقوانين الأحوال الشخصية تمشيا مع المبدأ الذى قررته . وقد رأينا كيف أن المحاكم الأهلية مختلفة فى القول باختصاصها فيما يتعلق باسترداد الهدايا المقدمة بمناسبة الخطبة أو المهر الذى يدفع قبل عقد الزواج ، فمنها ما اعتبر هذه المسائل مما يدخل فى الأحوال الشخصية ولا اختصاص للمحاكم الأهلية بها طبقا للمادة ١٦ من لائحة ترتيبها ، ومنها ما قضى باختصاصها على اعتبار أن ما يسبق عقد الزواج لا يدخل فى الأحوال الشخصية بالمعنى المقصود من المادة ١٦ سالفة الذكر ، ومن هذا الفريق من المحاكم ما يطبق على النزاع قواعد الأحوال الشخصية ، ومنها ما يرجع للعرف الذى يحل فى هذه المسألة محل القانون .[2] وأما ما يتعلق بالمسئولية الناشئة عن فسخ الخطبة فالمحاكم الأهلية على القول باختصاصها بمثل هذه المنازعات

---

(١) حكم الاستئناف المختلط فى ٢ مارس سنة ١٩٢٢ والسابق الاشارة اليه .

(٢) محكمة مصر الابتدائيـة الأهلية فى ١٦ سبتمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة س ٣ ص ٧٧ رقم ٤٩ . ويلاحظ أن هذا يوافق ما تقضى به المحاكم المختلطة .

ولم تشذ محكمة عن ذلك ، وهى إذا مانظرت فى هذا الموضوع ترجع جميعها إلى الشريعة الاسلامية (أو القانون الشخصى) . ورغم الاختلاف البيّن بين أحكامها فى هذا الموضوع مما سبق أن أوضحناه فان كل محكمة ترجع قضاءها إلى قواعد الشريعة الاسلامية .

والآن ننظر فى هذا القضاء نظرة نقد لنتبين أى الآراء جاء موافقا لأحكام القانون والشريعة . ونظرا لتعقد الموضوع وتعدد القوانين التى تطبق نقسم بحثنا تسهيلا لاستيعابه إلى ثلاثة أقسام .

١ — ما يتعلق بهدايا الخطبة .

٢ — ما يتعلق بالمهر .

٣ — ما يتعلق بالمسئولية الناشئة عن فسخ الخطبة .

١ — هدايا الخطبة

رأينا أن الهدايا التى يقدمها الخاطب لمن خطبها تعتبر بحسب أحكام الفقه الاسلامى من قبيل الصلة أى الهبة المحضة ، وأن فقهاء الشريعة الاسلامية طبقوا عليها أحكام الهبة على وجه العموم من حيث لزومها وجواز الرجوع فيها على ما مر بنا . [1] .

وإذا أردنا أن نكيف إهداء الخاطب لمخطوبته شيئا بحسب أحكام القانون العامة نجد أنها لا يمكن أن تكون إلا هبة أيضا لأنها تمليك للمال فى الحال بلا عوض . [2] فهدايا الخطبة تعتبر هبة طبقا لأحكام الشريعة

---

(١) ص ٩٧ وما بعدها . ولم يخرج عن تطبيق أحكام الهبة إلا ما قال به الامام مالك من أنه إذا كان النكول عن الخطبة من جانب المخطوبة يجب أن ترد الهدية أو قيمتها لو كانت قد هلكت أو استهلكت وقد بينا حكمة هذا القول بالذات ص ٩٩ .

(٢) محكمة طنطا الكلية الأهلية فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٩ ؛ ومحكمة الاسكندرية الكلية الأهلية فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ وقد سبقت الاشارة اليهما .

والقانون، وما دام الأمر كذلك فان القواعد التى تنطبق عليها هى أحكام الهبة سواء من حيث الاختصاص أو من حيث القانون الواجب التطبيق وحكمه فيها .

١ — من حيث الاختصاص

ان تحديد الاختصاص فى مسائل الهبة طبقا للقانون المصرى من الصعوبة بمكان . ذلك أن المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية تنص على أن هذه المحاكم لا تختص بالنظر فى مسائل الهبة وتعتبرها من المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية . ومع ذلك فقد نص القانون المدنى على الهبة باعتبارها سببا من أسباب التمليك (مادة ٤٤/٦٦) . ونص على أحكام لها فى المواد ٤٨ — ٥٣/٧٠ — ٧٦ . ومقتضى ذلك أن تكون هذه المحاكم مختصة بتطبيق تلك الأحكام ، وبذلك يتعارض نص لائحة ترتيب المحاكم مع نصوص القانون المدنى . وقد كان هذا التعارض سببا لاختلاف فى الرأى فيما يتعلق بالاختصاص فى مواد الهبة . فرأى البعض ازاء هذا التناقض وجوب العمل بأحد النصين وتضحية النص الآخر وأوجبوا العمل بنصوص القانون المدنى . (١) الا أن اعمال النص أولى من اهماله فاذا أمكن اعمال النصين معا كان ذلك واجبا . (٢) وعلى ذلك يكون القول الأصح هو ما قيل به من أن جهة الاحوال الشخصية تختص بشروط انعقاد الهبة وصحتها والاحوال التى يصح فيها الرجوع فى الهبة (٣)، ولكن ماتعلق بالشكل الذى يجب أن يستوفيه

(١) محكمة مصر الابتدائية الاهلية فى ١٢ ابريل سنة ١٩٢٧ المحاماة س ٨ ص ٣٤٨ رقم ٢٥٤ .

(٢) وقد قضت بذلك محكمة النقض المصرية فيما يتعلق بأحكام النفقات . نقض مدنى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ ، ملحق مجلة القانون والاقتصاد س ٤ عدد ١ رقم ١١ .

(٣) وقد قضت بذلك محكمة الموسكى الجزئية فى ١٣ مايو سنة ١٩١٩ ، المجموعة الرسمية س ٢١ ص ٨٠ رقم ٥٠ ؛ ومحكمة الصف الأهلية فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٢ ، المحاماة س ١٥ القسم الثانى ص ٢١٤ رقم ٩٨ .

عقدها وصحة الهبة الموصوفة بعقد آخر وبطلان الهبـــة الحاصلة اضرارا بالدائنين وغير ذلك مما يتناوله القانون المـــدنى فتختص بنظره المحاكم الأهلية . (١) ويتضح مما تقدم أن الرأى الاكثر انطباقا على القانون هو أن تكون المنازعات الخاصة باسترداد هـــدايا الخطبة من اختصاص قاضى الاحوال الشخصية . (٢)

هذا من حيث اختصاص القضاء الاهلى . أما عن القضاء المختلط فان المادة ٤ من القانون المدنى المختلط لم تنص على الهبة كما جاء بالمادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية ، ومع ذلك فان النصوص التى أوردها هذا القانون للهبة لم تأت كاملة مشتملة على جميع أحكامها (تراجع المواد٧٠—٧٦ مدنى مختلط) ، فقد أغفلت ماسكت عنه القانون المدنى الاهلى ، وقد فسر ذلك

(١) يراجع فى هذا الرأى : مرافعات عشماوى بك ج ١ ص١٢٨ بند ١٧٧ ؛ والوجيز فى المرافعات لعبد الفتاح السيد بك الطبعة الأولى ص ٥٠ ؛ ومرافعات أبى هيف بك الطبعة الثانية ص١٥٦ بند ١٤١ ؛ والدولى الخاص له ص٥٤١ بند ٣٨٧ ، ودوهلتس ج ٢ بند ١ — ٥ ؛ وشرح لائحة الاجراءات الشرعية لقمحه بك وعبد الفتاح السيد بك بند ٦٠ . وفى هذا المعنى أيضا تعليق مجلة الشرائع على حكم محكمة بنى سويف الابتدائية الأهلية فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ ، الشرائع س ٣ ص ١٠٦ .

(٢) يراجع فى ذلك حكم محكمة بنى سويف الصادر فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ والسابق الاشارة اليه ، وتعليق مجلة الشرائع على هذا الحـكم . وقد تعرض التعليق الى البحث فى أى جهة من جهات الأحوال الشخصية هى المختصة بالفصل فى هذا النزاع هل البطركخانة لأن الأمر يتعلق بالأنكحة أم القاضى الشرعى لأنه نزاع فى هبة ؟ وقد رأى أولوية البطركخانة بنظر مثل هذا النزاع لأن ارتباطه بالزواج قوى جداً ولأن الهبة هنا انمـا صدرت بسبب الخطبة فالخطبة هى الأصل والقاضى المختص بها هو المختص بنظر الهبة التى تفرعت عنها — ونرى أن فى هذا القول تناقضاً لأنه اما أن يقال بأن البحث فى هدية الخطبة مما يدخل فى الزواج فعند ذلك لامحل للقول بأنها هبة وبذلك تكون خاضعة لأحكام قانون الزواج الشخصى واما أن يقال بأنها هبة مطلقا فتطبق عليها قواعد الهبـة اطلاقا . ونرى امكان التوسط فى الحل والقول بأن تكييف هدية الخطبة مبدئيا بحسب القانون الشخصى فان اعتبرها هبة طبقنا عليها قواعد الهبة بصفة عامة ومنها الاختصاص وان فرض لها أحكاما خاصة كجزء من أحكام الزوجية طبقنا عليها القانون الشخصى باعتبارها مرتبطة بالزوجية .

بأن مالم يذكره القانون يرجع فيه لقوانين الاحوال الشخصية .[١] الا أنه رغما عن عدم النص على الهبة بصراحة فى المادة ٤ من القانون المدنى المختلط فان هذه المادة تخرج من اختصاص المحاكم المختلطة المنازعات المتعلقة بالاحوال الشخصية التى تبقى من اختصاص قاضى الاحوال الشخصية . وتحديد ما يعتبر من مسائل الاحوال الشخصية يرجع فيه الى القانون الخاص بذلك الذى أشارت اليه المادة ٣٦ من الكتاب الاول من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة . وهذا القانون أى قانون الاحوال الشخصية[٢] تكلم على الهبة ووضع أحكامها فى المواد ٥٠٠ الى ٥٢٩ . وبذلك يمكن القول بأن الهبة تعتبر من مسائل الاحوال الشخصية بالمعنى المقصود من المادة ٤ مدنى مختلط[٣]. هذا وقد سار قضاء المحاكم المختلطة على الرجوع لقوانين الاحوال الشخصية فى مسائل الهبة فيما لم ينص عليه القانون المدنى المختلط طبقاً للتفرقة التى أشرنا اليها ،[٤] وخصوصا فيما يتعلق بالرجوع فى الهبة .[٥] ويلاحظ فى ذلك أن المحاكم المختلطة كثيرا ماتقضى فى المواضيع الخاصة بالأحوال الشخصية فتطبق فيها القوانين الشخصية بدون أن ترى لزوما للايقاف واحالة المسألة الشخصية على المحكمة المختصة .[٦]

---

(١) دوهلتس جـ ٢ بند ١ — ٥ .

(٢) وهو قانون قدرى باشا وقد نشرت الحكومة ترجمته الفرنسية فى وقت صدور القوانين المختلطة وكان ذلك تنفيذاً للمادة ٣٦ من الكتاب الأول من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة .

(٣) يراجع فى هذا الرأى شرح القانون المدنى لسينا جـ ٣ ص ٦٥ ؛ وفى هذا المعنى حكم الاستئناف المختلط الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩٢٥ ، بلتان س ٣٧ ص ١٩ ؛ الذى وان لم يتعرض لهذا الموضوع بالذات فان الفكرة ظاهرة من سياق أسبابه .

(٤) يراجع فى ذلك تعليقات بسطوروس على القانون المدنى المختلط جـ ٢ مادة ٧٠ بند ١ — ٥ والأحكام التى أشار اليها فيها .

(٥) بسطوروس المرجع السابق بند ٧٦ .

(٦) أبو هيف بك فى الدولى الخاص بند ٣٨٧ ص ٥٤٣ .

ب – حكم هدايا الخطبة اذا ما فسخت

مادمنا قد قررنا أن الرأى الأصح هو أن قاضى الأحوال الشخصية هو المختص بالفصل فى طلب استرداد هدية الخطبة فان الحكم الذى يطبق فى هذه الحالة هو حكم القانون الشخصى لأن القاضى الشرعى لايحكم إلا بحكم الشريعة، والمحاكم الشرعية فى مصر تحكم طبقا لمذهب الامام أبى حنيفة [١] وهو فى هذا الموضوع يقضى بجواز الرجوع فى الهبة إلا فى حالات خاصة سبق أن ذكرناها.

وإذا قيل بأن مسائل الهبة فيما لم ينص عليه القانون المدنى تدخل فى اختصاص جهة الأحوال الشخصية طبقا للتشريع المختلط أيضاً انسحب ماقلناه على القضاء المختلط أيضا. واذا قيل بعدم التوسع فى تفسير المادة ٤ من القانون المدنى المختلط وعدم خضوع شىء من أحكام الهبة لقضاء جهة الاحوال الشخصية فقد رأينا أن المحاكم المختلطة تطبق قواعد القانون الشخصى فيما سكت عنه القانون المدنى من أحكام الهبة، وبذلك يكون الحكم واحدا ولو اختلفت الجهة التى تطبقه.

وعلى ذلك يكون للخاطب أن يرجع فى هداياه التى يقدمها لمخطوبته إذا ما فسخت الخطبة ما لم يقم مانع من الموانع المبينة على سبيل الحصر فى مذهب أبى حنيفة، وذلك تطبيقا للشريعة الاسلامية، ويكون من الخطأ الرجوع الى العرف كما فعل بعض المحاكم الأهليـة والمختلطة [٢] لتقرير حكم استرداد

(١) تنص المـادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه « تصدر الأحكام طبقا المدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد ». ولم ينص على قواعد خاصة غير مذهب أبى حنيفة فيما يتعلق بأحكام الهبة.

(٢) محكمة مصر الابتدائية الأهلية فى ١٦ سبتمبر سنة ١٩٢٢؛ ومحكمة الاستئناف المختلطة فى ٢ مارس سنة ١٩٢٢ وقد سبقت الاشارة اليهما.

هدايا الخطبة . (١)

وقد قيل (٢) بأن استرداد الهدايا عند فسخ الخطبة مقصور على حالة ما إذا كان العدول عن الخطبة حكيما معقولا له مايبرره دون أن يمس كرامة المخطوبة أو يهددها بالخطر . وذلك توصلا للقول بمسئولية من يعد عن الخطبة بغير مبرر . وهذا القول غير صحيح لأن استرداد هدايا الخطبة مرجعه لقواعد الهبة كما تقدم ، ولايجوز أن نحاول الاستنادعلى هذه الأحكام توصلا لتقرير المسئولية عن فسخ الخطبة بغير مبرر فان الأمرين مختلفان إذ أن استرداد الهدية أمر والمسئولية المترتبة على فسخ الخطبة أمر آخر ولا تلازم بينهما فقد تسترد الهدية مع قيام المسئولية على المسترد وقد لاترد مع انتفائها وكل من الأمرين يرجع لقاعدة فقهية تخالف الأخرى .

---

(١) قال الأستاذ محمد زيد الأبيانى بك فى كتابه شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية جـ ١ ص ١٧٠ و١٧١ انه لم يعثر على نص لفقهاء الشريعة الاسلامية فى حكم هدايا الخطبة إذا كان العدول عنها من جانب الخاطب وذكر ما يفهم منه أنه لايرى أن للخاطب الناكل أن يسترد هداياه اذا لم يكن العدول بلا اختياره ، وقد استشهد بعض الأحكام بقوله هذا (استئناف مصر الأهلية فى ٢٣ مايو سنة ١٩٢٦ ، والاسكندرية الأهلية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ وقد سبقت الاشارة اليهما) . الا أن هذا القول يخالف ما نص عليه فقهاء الشريعة الاسلامية فى هذا الموضوع فان هدايا الخطبة هبة تنطبق عليها أحكام الهبة على ما مر بنا والنص على ذلك صريح فى كتب الفقه فمن ذلك ما ورد بالفتاوى الأنقروية جـ ١ ص ٤٨ ونصه : « خطب بنت غيره فقال أن نقدت المهر الى شهر زوجتكها وجعل يهدى اليها هدايا فمضت المدة ولم ينقد ولم يزوجه له أن يسترد ما دفعه على وجه المهر قائماً وهالكا وبالقائم من الهدية يرجع لا بالهالك والمستهلك مثليا أوقيميا لأنه هبة » — يراجع مقال الأستاذ أحمد ابراهيم بك بالجريدة القضائية س ١ عدد ٧ ص ٣ و ٤ السابق الاشارة اليه ؛ وحكم محكمة الاسكندرية الابتدائية الأهلية فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المذكور آنفا ؛ ويراجع حكم محكمة بور سعيد الشرعية فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٣ (أول ذي القعدة سنة ١٣٥١) المحاماة الشرعية س ٤ ص ٧٩٤ رقم ٢٥٢ .

(٢) عبد الفتاح السيد بك فى رسالة « حقوق المرأة » ص ٢٩ و ٣٠ .

٢ — ما يتعلق بالمهر

ما قلناه بالنسبة لهدايا الخطبة من حيث الاختصاص والقانون الواجب التطبيق هو مانقول به الآن عن المنازعات المتعلقة بالمهر ولو قبل عقد الزواج. فيجب أن تكون هذه المنازعات من اختصاص المحاكم الشرعية ولا اختصاص للمحاكم الأهلية بذلك (١) ؛ فان نص المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية صريح وهو لم يقيد حكمه بوجوب قيام الزوجية فيكفى أن يكون المبلغ قد دفع على أنه مهر .وفضلا عن ذلك فان المهر من شروط عقد الزواج وعلى ذلك يدخل فى نطاق المنع الوارد بالمادة ٤ من القانون المدنى المختلط أيضاً ،ولا يؤثر فى صفته كونه دفع قبل عقد الزواج أو بعده فهذا أمر لا يغير من طبيعته ،ولا يخلو زواج من مهر بعكس هدية الخطبة فهى ليست بلازمة . ويؤيد ذلك ماورد بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة فى ١٢ مايو سنة ١٩٣١ بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فقد نص عليه فى المادتين ٦ و ٢٤ (عند التكلم على اختصاص المحاكم الشرعية النوعى أو بالنسبة لمحل الاقامة ومحل العقار) مستقلا عن الزواج والمواد المتعلقة بالزوجية ، ومفهوم ذلك أن المشرع يدخله فى اختصاص هذه المحاكم بغير أن يقيد ذلك بقيام الزوجية والا لا كتفى بالنص على الزواج والمواد المتعلقة بالزوجية لأن المهر بعد العقد يدخل فيها .

٣ — المسئولية الناشئة عن فسخ الخطبة

قدمنا أن المحاكم المختلطة لاترجع أحكام الخطبة الى قوانين الأحوال الشخصية فهى تنظر اليها باعتبارها عملا يخضع لأحكام القانون العام

(١) يراجع حكم محكمة شبراخيت الجزئية الشرعية فى ٤ يناير سنة ١٩٣٠ (١٢ جادى الأولى سنة ١٣٥٠) مجلة المحاماة الشرعية س ٣ ص ٣٦١ رقم ٩٠ .

لا علاقة له بالاحوال الشخصية . الا أن القول بهذا اطلاقا غير صحيح ، فانه من التعسف فى القول اعتبار الخطبة عملا مدنياً لا علاقة له بالأحوال الشخصية. فانها تنصب على عقد الزواج فهى وان سبقته تمهد له وتجمع الطرفين على تعهد بابرامه . وقد تعرضت لها قوانين الأحوال الشخصية وشرعت لها أحكامها. فهى ذات صفة مشتركة(١) . إلا أنها أقرب للاحوال الشخصية منها إلى الأعمال المدنية العادية . ولعل مايميزها عن الأحوال الشخصية البحتة هو أنها وإن كانت إجراء يتعلق بالزواج فى ذاته فانها إجراء غير لازم لصحة هذا العقد . (٢) فقد يتم زواج بغير خطبة وقد تحصل الخطبة ولا يعقبها زواج فلا تتغير حالة الشخص الذى دخل فيها . ومما يوضح ذلك أن حرية الزواج مكفولة فلا يجوز إكراه الخاطب على إتمام الزواج كما مر بنا وبذلك يقتصر النظر فى المسئولية الناشئة عن فسخ الخطبة فى طلب التعويض فيكون النزاع مقصورا على طلب تعويض وهو ما لا اختصاص لجهات الأحوال الشخصية به ولو كان ناشئاً عن عمل يتعلق بالأحوال الشخصية . ومن أجل ذلك يصح القول بأن هذه المنازعات لاتدخل فى الأحوال الشخصية بالمعنى المقصود من المادة الرابعة من القانون المدنى المختلطة والمادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية وهما مادتا اختصاص . وهذا ماتتبعه المحاكم المختلطة والأهلية بحق . ولا محل هنا للاعتراض بأننا قلنا بأن المنازعات الخاصة بالمهر من اختصاص جهات الأحوال الشخصية لأن المهر من شروط الزواج فهو لا ينفصل عنه ، وفى هذا ما يميز المنازعات الناشئة عنه عما ينشأ عن فسخ الخطبة . وكذلك لامحل للمقارنة بالنزاع فى هدايا الخطبة لأننا قلنا إنها هبة تنطبق عليها قواعد الهبة عموماً .

---

(١) مسينا ج ٣ ص ٢٠٥ .

(٢) يراجع فى هذا المعنى حكم محكمة كرموز الجزئية الشرعية الصادر فى ٧ أغسطس سنة ١٩٣٢ (٥ ربيع آخر سنة ١٣٥١) منشور بمجلة المحاماة الشرعية س ٤ ص ٦٥٩ رقم ٢١٣ .

إلا أن المنازعات الناشئة عن فسخ الخطبة وإن كان نظرها يدخل فى اختصاص المحاكم الأهلية والمختلطة فان هذه المحاكم إذا ما فصلت فيها يجب أن تطبق عليها قواعد القانون الشخصى[١] إذ أن صفة الأحوال الشخصية تغلب عليها من حيث موضوع الحق أساس المنازعة لأن قوانين الأحوال الشخصية هى التى تحدد القيمة القانونية لهذا العمل ومدى ما ينشأ عنه من حقوق وارتباطات .

وبناء على ذلك نقول ان القضاء المختلط لم يوفق حيث طبق عليها قواعد القانون المدنى العامة . وأما القضاء الأهلى فبالرغم مما هو فيه من اختلاف فى الرأى واضطراب فى المبادىء التى قررها فى هذا الموضوع فان كل محكمة ترجع رأيها إلى قواعد الشريعة الاسلامية كما تقدم القول . ولننظر الآن فى مدى موافقة هذه الآراء المتباينة لقواعد الفقه الاسلامى فى هذا الموضوع كما بيناها . ولقد رأينا أن من المحاكم ما يقضى بعدم ترتب أى مسئولية على فسخ الخطبة على اعتبار أنها من المباحات العامة ، ومنها ما يرى جواز ترتب المسئولية ولكن على خلاف فى الأساس . فمن المحاكم ما يرجعها إلى وقوع خطأ من الناكل مقارن لعدوله فالمسئولية مرجعها لهذا الخطأ مع التسليم بأن العدول عن الخطبة إباحة ، والبعض الآخر يرجع المسئولية إلى نظرية سوء استعمال الحقوق وقد أشرنا إلى الأحكام التى صدرت تطبيقا لكل رأى من هذه الآراء[٢] .

فأما عن القول بعدم ترتب أى مسئولية على فسخ الخطبة لأنها من المباحات العامة فقد أوضحته محكمة استئناف مصر الأهلية فى حكم مطول لها أصدرته فى ٣٠ يونية سنة ١٩٣٠[٣] . وقد تعرض هذا الحكم لنظرية سوء

---

(١) أبو هيف بك فى الدولى الخاص ص ١٠٧٧ .

(٢) تراجع ص ٧٦ وما بعدها .

(٣) وقد سبقت الاشارة لهذا الحكم — وتراجع أيضا الأحكام السابق الاشارة إليها بصفحة ٨٥ .

استعمال الحقوق فى القانون والشريعة ومدى تطبيقها القضائى كما تعرض لبحث ماهية الخطبة شرعا . وعلى هدى ما قدمناه فى هذين الموضوعين نقول ان الحكم لم يوفق فيما ذهب اليه، ولم يكن استدلاله موافقاً للقانون ولا للشريعة.

بدىء الحكم بأساس غير قويم إذ جاء فيه أن مجال تطبيق نظرية سوء استعمال الحقوق فى الفقه الاسلامى « أن يكون موضوع المنازعة بين الخصمين التعارض الحاصل بين الحقوق المقررة لكل منهما شرعا ، فى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يقيد هذه الحقوق بالقيد الذى يرفع الضرر عن كلا الخصمين . أما الحقوق التى لا تتعارض معها حقوق معينة عند تمتع أصحابها فلا يملك القاضى تقييدها بأى وجه من الوجوه مهما نجم عنها من المضار على الأفراد أو الجماعات إذ أنها من المباحات التى لا يترتب على فعلها أو تركها استحقاق أى عقاب عملا بالقاعدة الشرعية التى تقول الجواز ينافى الضمان ، والجهة التى تملك تقييد مثل هذه الحقوق إنما هى الجهة التى تملك التشريع للكافة بالكيفية المدونة فى كتب الفقه . وبهذه الكيفية تقرر الحجر على السفيه والطبيب الجاهل والمكارى المفلس والتسعير عند تعدى أرباب الطعام فى بيعه بغبن فاحش وبيع طعام المحتكر جبرا عليه عند امتناعه عن البيع وغير ذلك من التقييدات التى يقيد بها الشارع الحريات العامة كلما لاحظ من استعمالها ضرراً عاما » — وهذا القول على إطلاقه ليس صحيحاً ؛ فقد بينا أن نظرية سوء استعمال الحقوق فى الشريعة الاسلامية أوسع مجالا من مثيلتها فى القانون وتشمل أحكاما يرجعها فقهاء القانون الحديث إلى أسس فقهية أخرى غير إساءة استعمال الحق ، ومن هذه الصور الحالات التى تقيد فيها الحقوق مراعاة للمصلحة العامة ويكون التقييد فيها آتيا من الجهة التى تملك التشريع للناس كافة كالتسعير وما إلى ذلك من الأمثلة التى ذكرتها المحكمة فى حكمها ، فهذه الفروض وإن جمعتها مع غيرها نظرية سوء استعمال الحقوق فى الشريعة الاسلامية فان تحليلها يظهر منه أنها

تختلف فى الأساس عن غيرها مما يدخل تحت النظرية عموما ، لأن الضرر فى هذه الصور ضرر عام فتضحية الحق الخاص جاء صيانة للمصلحة العامة ، ومثيل ذلك فى القانون الحديث لا يرجع لقواعد نظرية سوء استعمال الحقوق وإنما لأسس تشريعية أخرى كنظام مراقبة شركات الاحتكار ونزع الملكية للمنافع العامة وما إلى ذلك فهى بطبيعتها تدخل فى خصائص السلطة العامة بما عليها من واجب الهيمنة والرقابة على مصلحة الجمهور ، وهذه تختلف عن الحالات التى يكون فيها استعمال الحق سببا لاضرار تحيق بفرد أو أفراد معينين وهى الصورة التى تشترك فيها النظريتان الشرعية الاسلامية والقانونية الحديثة ، فلا يصح والحالة هذه الاحتجاج بأحكام الحالات الأولى عند البحث فى الثانية . ولقد رأينا من بحثنا فى نظرية سوء استعمال الحقوق فى الشريعة الاسلامية أن القاعدة العامة هى أن إحداث الضرر ممنوع شرعا لأن هناك حقا عاما تقره الشريعة الاسلامية لكل فرد فى أن لا يضار بغير وجه حق ، وقد اعتبر الفقهاء هذا الحق العام حقا لله متعلقا بحقوق الأفراد التى ينجم عن استعمالها إضرار بالغير . وتقرر الشريعة أيضا أن مقياس صحة العمل أو فساده هو مطابقة هذا العمل أو مخالفته للحكمة الغائية التى من أجلها شرع الحق الذى كان أساسا للعمل محل النظر ، وهذا مقياس شخصى مرجعه لنية صاحب الحق وهو غير متوقف على البحث فى حالة الغير لمعرفة ما إذا كان له حق معين أم لا ، ومن أجل ذلك قرر الفقهاء إبطال أعمال صحيحة فى ظاهرها ولا تضر بشخص معين وذلك لمجرد مخالفتها للغرض المقصود من الحق الذى جاءت تطبيقا له كنكاح التحليل مثلا ، وهذا من عمل القضاء وليس من خصائص سلطة التشريع . وبذلك يكون للقضاء بحسب الشريعة الاسلامية أن يقيد الحقوق فى الحدود التى ذكرناها عند الكلام على النظرية العامة فى الشريعة فى ثلاث حالات وهى : ١ — مخالفة العمل للحكمة الغائية من الحق

الذى جاء العمل تطبيقا له ، ٢ – ترتب ضرر على هذا العمل بشخص ليس له حق معين قبل الآخر غير الحق العـام الذى لكل إنسان فى أن لا يضار وهو ما سبقت الاشارة اليه ، ٣ – ترتب ضرر على هذا العمل بشخص له حق معين كان فى استعمال الأول لحقه اعتداء عليه . وهذه هى الصورة التى قصدتها المحكمة وقصرت تطبيق النظرية عليها ، وهى ليست الحـالة الوحيدة لتطبيق نظرية سوء استعمال الحقوق بل انها فى الواقع ونفس الأمر تخرج عن حيز سوء استعمال الحق بالمعنى الدقيق لأن البحث فيها موضوعى[1] يرجع إلى معرفة مدى ما يتقيد به كل من الحقين بالآخر . وقد قرر الحكم أن القاعدة التى استخلصها لتطبيق نظرية سوء استعمال الحقوق من الشريعة وهى « تعارض الحقوق » تطابق ما عليه العمل فى الفقه الفرنسى . وبهذا القول يخلط الحكم بين أمرين متبـاينين وهما « تعارض الحقوق » و « إساءة استعمال الحق » فان ، تعارض الحقوق أمر موضوعى يشمل تقييد الحقوق بعضهـا لبعض وأما نظرية سوء إستعمال الحق فتقوم على عامل شخصى هو استعمال الحق لغير الحكمة الغائية منه . حقيقة ان فى هذا العمل تعارضا بين الحق موضوع البحث وحق الغير ولكن حق الغير هذا كما يكون من قبيل الحقوق المعينة المحددة فقد يكون أيضا الحق العام لكل شخص فى أن لا يضار بغير موجب قانونى . وقد رجعت المحكمة إلى هذا القول فى حكمها إذ قالت فى معرض كلامها عن تطبيق النظرية فى الفقه الحديث «ان التعويض فى استعمال حق التقاضى أمام المحاكم لم يجز إلا فى الحالة التى يثبت فيها أن القصد من استعماله الاضرار بالخصم الاخر وذلك على أساس أن حق التقاضى لم يمنح قانونيا إلا لاقتضاء الحقوق المشروعة فان ثبت استعماله بقصد النكاية وتحميل الخصم انفاق أمواله بغير طائل اعتبر هذا الفعل تعـديا على الحق الذى يملكه هذا الخصم

---

(١) objectif.

قانونا فى صيانة أمواله من الانفاق فى العبث ورفع النكايات عن نفسه » .

على أن أضعف ما فى الحكم هو ما ذكره عن ماهية الخطبة شرعا فقد قال « ان الخطبة مجردة شرعا من كل اعتبار قانونى وعليه يكون حق العدول عنها من الحقوق المطلقة التى لا يملك القضاء تقييدها مهما نجم عنها من المضار » . ومع ما فى هذا القول من التناقض لأن تجريد الخطبة من كل اعتبار قانونى يتنافى مع القول بوجود حق فى العدول، لأن هذا القول يستلزم قيام ارتباط، نقول فضلا عن وجود هذا التناقض فقد أخطأ الحكم فى تعرف حكم الخطبة شرعا . ويكفى أن نشير هنا منعا للتكرار إلى ما سبق أن ذكرناه عن تكييف الخطبة شرعا ، وما نص عليه الفقهاء فى حق العدول، لبيان وجه الخطأ فيما قاله الحكم وبالتالى ما ذهب إليه من أن النكول عن الخطبة يعتبر مجرد مخالفة لقواعد حسن الأخلاق مما لا يترتب عليه مسئولية ما . ولو ان الحكم أصاب فى تكييف الخطبة من الوجهة الشرعية لما انتهى بالنتيجة التى قررها ولسجل مبدأ المسئولية عن فسخ الخطبة بغير مبرر ، وذلك بغض النظر عما قاله عن نظرية سوء استعمال الحقوق عموما . ومما تقدم يتبين أن الرأى القائل بعدم ترتب أية مسئولية على فسخ الخطبة ليس قويما فى الأسباب التى استند عليها ولا فى النتيجة التى وصل إليها .

وأما الرأى القائل بأن فسخ الخطبة فى ذاته لا يوجب التعويض ولكن الظروف التى تلابس هذا الفسخ قد تكون موجبة له فوجه الخطأ فيه هو أنه جرد الخطبة من كل أثر قانونى ونسب التعويض الى الافعال الملابسة للعدول والتى تكون فى ذاتها موجبة للتعويض طبقا للقواعد العامة ، وفيما بيناه من التكييف الفقهى للخطبة ما يظهر وجه الخطأ فى هذا القول . ونضيف إلى ذلك أن هذا الرأى بتجريده الخطبة من كل أثر قانونى يقوم على أساس غريب عن الشريعة الاسلامية ، فهو أقرب الى القانون الفرنسى منه الى قواعد الفقه

الاسلامى فى هذا الموضوع .

ولعل أصح الآراء هو الرأى الذى يقرر مبدأ المسئولية عن فسخ الخطبة على أساس سوء استعمال الحق باعتبار أن حق العدول عن الخطبة لم يشرع الا لمسوغ يقتضيه عند ما يظهر أن الزواج المزمع لا يحقق غايته المأمولة ، فقد وافق الشريعة الاسلامية بكونه لم يجرد الخطبة من كل أثر قانونى ، بل انها طبقا لهذا الرأى تعتبر اتفاقا مستحباً ينشأ عنه ارتباط . وأن العدول عن الخطبة حق ولكنه مقيد فى استعماله بوجوب أن يكون مطابقا للحكمة الغالية التى من أجلها شرع ، وقد تبين لنا مما مر بنا فى تكييف الخطبة من الناحية الشرعية أن هذا القول مطابق للشريعة ، وكذلك يوافقها فى تقييد حق العدول بما تتقيد به الحقوق فى الشريعة الاسلامية بصفة عامة على ما بيناه فى موضعه . الا أن اعتبار الخطبة تعهدا يتنافى مع القول بأن المسئولية المترتبة على الفسخ تعتبر ناشئة عن جنحة مدنية "responsabilité délictuelle" . حقيقة ان هناك حقا فى العدول مما يشعر بانعدام الأساس التعاقدى للمسئولية اذا ما وجدت ، ولكن هذا الحق مقيد بالقيد الذى أشرنا اليه وهو عدم الاساءة ، فاذا أسىء فى استعمال هذا الحق أى حق العدول لم يكن الفعل تطبيقا لهذا الحقّ الذى يكون غير قائم لعدم قيام موجبه ، وبذلك يكون تصرف الناكل منافيا لتعهده وموجباً لمسئوليته على أساس العقد .

وتقرر المحاكم التى تأخذ بهذا الرأى أن البحث فى موجبات العدول وترتيب المسئولية ونوعها من خصائصها ، وهو قول صحيح اذ أن الحكم على الشىء فرع من تصوره وتصور حقيقة العدول سبيله هذه البحوث . ومن هذه المحاكم من لم يقصر الاساءة على فسخ الخطبة وانما طبقها على الخطبة فى ذاتها ، ومجال الكلام فى ذلك عند البحث فى حق التزوج .

وأما نوع المسئولية التى تترتب على الفسخ وكيف يقضى بها ومن المختص بذلك فسيأتى فيما بعد عند الكلام فى جزاء اساءة استعمال الحق .

الباب الثانى

فى الحقوق المتعلقة بالزواج فى ذاته

يتناول البحث هنا حق الشخص فى أن يتزوج ، وحقه فى أن يعدد زوجاته ، ثم حق تزويج الغير .

الفصل الأول

فى التزوج

النكاح من العقود الشرعية المسنونة بأصل الشرع ، وقد أشار اليه القرآن فى مواضع متعـددة ، وجاء كثير من الأحاديث النبوية دال على ذلك . [1] وقد شرع الزواج لحكمة خاصه وهى ضمان التناسل وحفظ النسل والقيام عليه على الوجه الأكمل من تربية الأولاد وحفظهم وصيانتهم ، فان التناسل سبيله اجتماع الذكور بالاناث وهذا الاجتماع قد يحصل بغير طريق الزواج الا أنه ان حصـل بغير تلك الطريق اختلطت الأنسـاب وفى ذلك مضيعة للأولاد لأن الغالب فى النساء العجز عن التكسب والانفاق على الأبناء ، وتعيين الأب سبب لالزامه بنفقة طفله وتعهده شئونه[2]. وحتى على فرض امكان الأم القيام بمصالح طفلها فهذا القيام يكون أكمل اذا كان من جانب

---

(١) تراجع الأحاديث الخاصة بذلك فى نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٢٥ وما بعدها .

(٢) يراجع المبسوط ج ٤ ص ١٩٢ ؛ والشيخ أحمد ابراهيم بك بند ٧ و٨ ؛ والشيخ زيد بك ج ١ ص ١ و ٢ .

الأم والأب معا . وبغير هذه الحكمة الخاصة يصعب جدا بل يكاد يستحيل تبرير اختصاص رجل بامرأة واقتصار كل منهما على صاحبه وارتباطهما برباط مفروض فيه أنه مدى الحياة . ومن أجل ذلك أيضا حرم الزنا وفرض على مرتكبه شديد العقاب .

أما الشهوة الجنسية فهى الدافع الطبيعى لاجتماع الرجل بالمرأة ، وهى خلقية فى الانسان ولا تتوقف على عقد الزواج . وقد شرع نظام الزواج لتنظيم طريقة ارضاء هذه العاطفة الطبيعية بما يحقق الغرض المقصود من إيجادها على وجه الكمال ويدفع ما قد يؤدى اليه الاسترسال فيها من مضار . فالقول بأن الشهوة الجنسية تدفع للزواج وجهه أن الزواج هو الطريق الشرعى لاشباعها .

والشهوة الجنسية فى ذاتها داعية لاجتماع الذكور بالاناث هذا الاجتماع المؤدى للتناسل وهو المقصود وذلك من غير حاجة لأن يجعل الشارع الزواج فى ذاته فرضاً دينيا . وأما ما نص عليه فقهاء الشريعة الاسلامية من أن الزواج فرض أو واجب فى حق الرجل الذى تتوق نفسه إلى النساء أو المرأة كذلك فمرجعه إلى أن الزنا محرم وما لا يتوصل إلى ترك المحرم إلا به يصير واجبا شرعا (١) . وفى هذا البيان ما يرجح قول الامام الشافعى من أن النكاح فى ذاته مباح كالبيع والشراء ، وبه ينتقض قول أهل الظاهر بأنه فرض عين (٢) . ومن قال من الفقهاء ان الزواج مندوب اليه أو هو سنة مستحبة نظر اليه باعتبار الغرض المقصود منه وهو ضمان التناسل على الوجه الأكمل وليس لمجرد قضاء الشهوة لأنها فى ذاتها طبيعية كما مر يقوم بها الشخص لمصلحته

---

(١) يراجع فى ذلك : المبسوط جـ ٤ ص ١٩٢ ؛ وفتح القدير جـ ٢ ص ٣٤٢ ؛ وابن عابدين جـ ٢ ص ٣٠٨ ؛ ونهاية المحتاج جـ٥ ص ١٤٢ ؛ وكشاف القناع جـ٣ ص ٢٣ ؛ ومقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ٢٣ ؛ ومنح الجليل جـ ٢ ص ٢ .

(٢) يراجع تفصيل رأى أهل الظاهر والشافعى وحجج كل منهم فى بدائع الصنائع جـ ٢ ص ٢٢٨ و٢٢٩ ؛ ويراجع المحلى لابن حزم جـ ٩ بند ١٨١٥ .

الخاصة وهو ليس فى حاجة إلى أن يحث عليها . وانه وإن كان من الفقهاء من تعرض لذكرها عند البحث فى صفة النكاح من حيث الوجوب أو الاباحة أو الكراهية أو التحريم كما سيأتى بيانه،فما ذلك إلا لأنها هى الداعية للاجتماع الذى به يحصل التناسل،وهذا واضح من قول صاحب كشاف القناع « ويباح النكاح لمن لاشهوة له كالعنين والمريض والكبير لأن العلة التى لها يجب النكاح أو يستحب وهو خوف الزنا أو وجود الشهوة مفقود فيه ولأن المقصود من النكاح الولد وهو فيمن لا شهوة له غير موجود فلاينصرف اليه الخطاب به إلا أن يكون مباحا فى حقه كسائر المباحات لعدم منع الشرع منه » (١).

ومراعاة الحكمة المقصودة من النكاح تعتبر فى نظر فقهاء الشريعة الاسلامية عبادة يثاب المرء عليها،فنصوا على أن من يقصد من الزواج التناسل يثاب،أما من يتزوج لمجرد إرضاء شهوته الطبيعية فلا ثواب له على فعله هذا (٢) . إلا أنهم لم ينصوا على أن الزواج فى هذه الصورة الأخيرة يكون باطلا أومحرما، لأن فعل صاحب الحق لا يتنافى مع مقصد النكاح عموما لأن إرضاء الشهوة بذاته مؤد للتناسل وهو الغرض المقصود . ومن ذلك يتبين أن للنية أثراً فى عقد النكاح .

والزواج باعتباره عملا من أعمال الانسان له صبغته القانونية البحتة (٣) يجوز عليه مايجوز على كل عمل قانونى،فقد يحدث عنه اضرار بأحد الطرفين أو بالغير . وقد فطن فقهاء الشريعة الأسلامية لذلك فقيدوا حق التزوج بما يمنع الضرر سواء كان هذا الضرر مما يلحق أحد طرفيه أو الغير على ماسيجىء .

(١) يراجع كشاف القناع ج ٣ ص ٣ . وفى هذا المعنى شرح المنتهى على هامش المرجع السابق فى نفس الموضع .

(٢) يراجع فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٣ ؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٣٥٩ .

(٣) يراجع فى ذلك مقال فضيلة الشيخ أحمد ابراهيم بك « الزواج المدنى والزواج الدينى فى نظر الشريعة الاسلامية » بمجلة كلية الحقوق س ٢ العدد الأول ص ٦ وما بعدها .

وعلى أساس ما تقدم نقرر أن القاعدة العامة التى تتقيد بها الحقوق فى الشريعة الاسلامية عموما يتقيد بها حق التزوج . ولهذه القاعدة وجهان : الأول — أن حق التزوج شرع لحكمة خاصة يجب أن يتجه اليها قصد الشخص عند استعماله لهذا الحق ، والثانى — أن استعمال هذا الحق يجب أن يكون بحيث لا ينجم عنه ضرر . ولنتكلم على كل من هذين الوجهين .

* * *

الوجه الاول : يجب أن يكون قصد الشخص من التزوج موافقا للحكمة التى من أجلها شرع النكاح

قدمنا أن الشخص إذا قصد بالزواج الولد والتحصين فهو مثاب على ذلك ، ومجرد النية كافية لحصول الثواب بغير توقف على حصول الولد فعلا لأن هذا أمر خارج عن إرادة الانسان . وأما إذا كان التزوج لمجرد إرضاء الشهوة الطبيعية فهو من قبيل المباحات ولا ثواب عليه ، وقلنا انه حتى فى هذه الصورة لا يتنافى قصد الزوج مع حكمة النكاح لأن إرضاء الشهوة فى ذاته مؤد للنسل . ومن قبيل هذه الصورة الأخيرة ما لو تزوج شخص امرأة معينة ويقصد بهذه الزوجية العز أو المال أو الرفعة فان قصد الزوج فى هذه الصورة وإن اتجه لغير تحقيق الحكمة المقصودة من الزواج فانه لا يتنافى مع حصول المقصود منه بحسب الشرع . وقد ورد فى فتح القدير عند الكلام على النكاح الذى يثاب المرء عليه « أما إذا لم يتزوج المرأة إلا لعزها أو مالها أو حسبها فهو ممنوع شرعا قال صلى الله عليه وسلم من تزوج امرأة لعزها لم يزده الله إلا ذلا ومن تزوجها لمالها لم يزده الله إلا فقراً ومن تزوجها لحسبها لم يزده الله إلا دناءة ومن تزوج امرأة لم يرد بها إلا أن يغض بصره ويحصن فرجه أو يصل رحمه بارك الله له فيها وبارك لها فيه [1] » . والظاهر أن المنع الذى

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٣

أشار اليه فى قوله ينسحب إلى قصد ما ذكره وأنه لا يثاب على ذلك ، وليس غرضه أن مثل هذا الزواج ممنوع شرعا بحيث يلحقه البطلان . والعلة فى ذلك ماقدمناه من أن مثل هذا الزواج فى ذاته لا يتنافى مع الحكمة المقصودة من النكاح عموما . وقد نقل ابن عابدين عن فتح القدير عبارته السالفة فى مجال كلامه عما يستحب عمله عند الزواج ولم يذكر أن مثل هذا النكاح باطل شرعا (١) .

وكل ما ذكرناه عن أثر النية فى الزواج مقصور على الناحية الدينية فقط من حيث الثواب أو عدم ترتبه على فعل الزوج على ما ذكره فقهاء الشريعة الاسلامية ، وليس لها فى هذه الصور أثر على العقد من حيث القضاء بمعنى أنها لا تبطل النكاح .

على أن للنية أثراً فى الزواج من الوجهة الفقهية بمعنى أنها قد تؤدى الى بطلان هذا العقد شرعا ، وهذا الأثر يكون عند ما يتنافى قصد الشخص مع قصد الشارع من الزواج وبعبارة أخرى عند ما يقصد الشخص من التزوج غرضا يتنافى مع ما يقصده الشارع من سن هذا العقد . ومن الأمثلة الواضحة لتطبيق هذه القاعدة ما نص عليه فقهاء الشريعة الاسلامية فى نكاح المتعة ونكاح التحليل ونكاح المريض . ولنتكلم عن كل منها .

ا — نكاح المتعة :

صورة هذا العقد أن يحصل الاتفاق بين الرجل والمرأة على أن يتمتع بها مدة معينة مقابل جعل معين . وقد انعقد اجماع فقهاء الشريعة الاسلامية على أن هذا النكاح باطل (٢) ، والأحاديث النبوية الدالة على بطلانه

---

(١) ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٦٠ .

(٢) يراجع فى ذلك : رحمة الأمة جـ ٢ ص ٧٥ ؛ والميزان الكبرى جـ٢ ص ٩٦ ؛ وبداية المجتهد جـ ٢ ص ٥٠ ؛ والأم جـ ٥ ص ٧١ ؛ والمبسوط جـ ٥ ص ١٥٢ ؛ والزيلعى جـ ٢ ص ١١٥ ؛ وكشاف القناع جـ٣ ص ٥٦ . ويرى الحنفية والشافعية أن البطلان يكون إذا ظهر قصد المتعة فى العقد أما اذا حصل الزواج مطلقاً وكان فى نية الشخص أن يقعد معها مدة نواها ولم يذكرها

كثيرة (١) . وقد نص فقهاء الشريعة على أن النكاح المؤقت يعتبر نكاح متعة ويلحقه فى الحكم (٢) .

والحكمة فى إبطال هذا العقد هى أنه ليس بنكاح وان أعطى شكل النكاح الظاهر . وذلك لأن المقصود منه يتنافى مع غرض الشارع المقصود من سن النكاح . ذلك أن المقصود من المتعة هو مجرد إرضاء الشهوة الجنسية بوجه يتنافى مع الحكمة المقصودة من النكاح لأن قصر القصد على التمتع فيه قصد استبعاد مقاصد النكاح الشرعية من التناسل وحفظ الولد ، ومن جهة أخرى ان توقيت هذا العقد مانع من حصول هذا المقصود من النكاح ، فالعمل بوجهيه يتنافى مع الغرض الشرعى من الزواج . ولا يصح الاعتراض هنا بأننا قلنا ان من يتزوج لمجرد إرضاء الشهوة الجنسية فعقده صحيح ، فان الفرق بين الصورتين كبير وهو أنه فى هذه الصورة وإن كان الباعث له على التزوج هو قضاء الشهوة فانه لم يقصد استبعاد النتائج الطبيعية للزواج والتى تكون الغرض المقصود منه كما أنه لم يعمل على ذلك بخلاف الحال فى نكاح المتعة كما تقدم .

ب — نكاح التحليل :

اتفقت كلمة جمهور المسلمين على أن الزوجة لا تحل لزوجها الأول بعد طلاقه لها الطلاق المكمل للثلاث إلا اذا تزوجت زوجا غيره زواجا صحيحاً

فى العقد فالنكاح صحيح (الأم والزيلعى المرجعان السابقان) . أما الحنابلة فيرون أن شرط التمتع كنية التمتع الباطنة كلاهما يبطل النكاح ، كشاف القناع فى الموضع السابق .

(١) تراجع هذه الأحاديث والتعليق عليها فى نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٨ وما بعدها .

(٢) المراجع السابق الاشارة اليها — ويرى الامام زفر من أتباع الامام أبى حنيفه أنه اذا نص فى عقد الزواج على توقيته بمدة فالنكاح صحيح ويسقط شرط التوقيت . هذا اذا حصل العقد بلفظ التزويج فان حصل بلفظ المتعة فهو موافق للجماعة على البطلان . المبسوط ج ٥ ص ١٥٣ ؛ والميزان الكبرى فى الموضع السابق الاشارة اليه .

خالياً من الموانع الشرعية ودخل بها الزوج الثانى وكان بينهما ما يكون بين الزوجين ثم طلقها وانقضت عدتها منه لقوله تعالى « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » ولأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أفهم من ترافعت اليه فى هذا الشأن أنه لابد من الدخول والمس . وهذا هو رأى كبار الصحابة والتابعين من بعدهم والأئمة الأربعة ومن على مذاهبهم ، ولم يشذ عن ذلك سوى نفر قليل جداً ولا عبرة لرأيه لمخالفته ظاهر الآية وحديث الرسول فى ذلك . [1] وقد يلجأ بعض الناس فى حالة ما اذا وقع طلاق بات بين رجل وامرأته الى التحيل على هذا الحظر المتقدم فيأتون بشخص يعقد على المطلقة زواجه ويدخل بها ويمسها ثم يطلقها بعد ذلك ، وقصده من كل ذلك أن يحلها لزوجها الأول . وهذه هى صورة نكاح التحليل ، فالمحلل لا يقصد النكاح وانما يقصد تحليل الزوجة لمطلقها وقد جعل نكاحه لها وسيلة لذلك . وحكم هذا الزواج أنه حرام ديانة باجماع مذاهب المسلمين لقوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله المحلل والمحلل له » . [2] ومع تصحيح أئمة المذاهب الأربعة لهذا الحديث وأخذهم به فانهم اختلفوا فى توجيهه وفى حكم نكاح التحليل قضاء .

فطبقاً للمذهب الحنفى اذا تزوج الرجل بشرط التحليل فالزواج صحيح الا أنه مكروه للحديث المتقدم وقد حملوه على أنه مقصود به الكراهية ، فاذا طلق الزوج الثانى المرأة التى عقد عليها لتحليلها لزوجها الأول حلت لهذا الزوج . الا أن الامام محمداً مع قوله بصحة الزواج الثانى فهو يرى أنها لا تحل للاول لأنه استعجل ما أخره الشرع فيعامل بنقيض مقصوده . ويرى الامام أبو يوسف أن نكاح التحليل فاسد لأنه بمعنى النكاح المؤقت ، ويترتب على

(١) فتوى الشيخ طه حبيب بمجلة نور الاسلام المجلد الرابع ص ٥٥٨ .
(٢) يراجع اسناد هذا الحديث وشرحه فى نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٧٥ وما بعدها .

القول بفساده أن الزوجة لا تحل لزوجها الأول به . (١) ويرى المالكية أن نكاح التحليل نكاح فاسد فيفرق بينهما قبل الدخول وبعده سواء كان الزواج بنية إحلال الزوجة لمطلقها أو كان بنية الاحلال مع نية إمساك الثانى لها ان أعجبته ، والعبرة بنية الزوج الثانى (المحال) ولا عبرة بنية الأول أو الزوجة وذلك لأن الطلاق بيد الزوج الثانى ، ويعاقب المحلل وكذلك الزوجة والشهود ان علموا ، ولا تحل الزوجة بهذا الزواج الفاسد لمطلقها الاول . (٢)

وطبقا لرأى الشافعية اذا تزوج الرجل المرأة على أن الزواج ينتهى بالدخول والمس ليحلها من زوجها الأول فهذا العقد باطل ويعتبرونه نوعا من نكاح المتعة ويحملون حديث « لعن الله المحلل والمحلل له » على صورة اشتراط التحليل فى العقد ، أما اذا عقد النكاح مطلقا بلا شرط فيه وكانت نية الزوج أن لا يمسكها إلا قدر ما يصيبها ليحللها لزوجها الأول فان النكاح يثبت ولا تفسد النية منه شيئا ، وذلك على اعتبار أن النية حديث نفس وقد وضع عن الناس ما حدثوا به أنفسهم وقد ينوى الشخص الشىء ولا يفعله وينويه ويفعله فيكون الفعل حادثا غير النية . (٣) وهذا رأى الشافعى فى مذهبه الجديد (المصرى) ، وأما فى مذهبه القديم (العراقى) فله قولان فيما اذا كان الزواج الثانى مطلقا لم يشترط الزوج ولم يشترط عليه التحليل إلا أنه نواه وقصده . وأحد هذين القولين يوافق مذهبه الجديد ، والثانى يوافق ما ذهب اليه الامام مالك . (٤) .

---

(١) يراجع فى ذلك : الهداية جـ ٢ ص ٨ و ٩ ؛ والزيلعى ؛ جـ ٢ ص ٢٥٩ ؛ وابن عابدين جـ ٢ ص ٧٤٣ .

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٥١ ؛ ومنح الجليل جـ ٢ ص ٥٧ و٥٨ ؛ وتراجع المدونة جـ ٢ ص ٢١١ .

(٣) الأم جـ ٥ ص ٧١ ؛ ونهاية المحتاج جـ ٥ ص ٢١٤ .

(٤) اقامة الدليل على ابطال التحليل لابن تيمية ص ٧ .

ويرى الحنابلة أن نكاح التحليل حرام باطل سواء شرط ذلك فى العقد أو لم يشرط ولكنه نوى التحليل . فلا يصح العقد إلا اذا كان الزواج زواج رغبة خاليا عن نية التحليل . وقد استدلوا على رأيهم هذا بالحديث السالف الذكر . [١] .

هذا هو حكم نكاح التحليل فى المذاهب الأربعة ، فهو باطل عند المالكية والحنابلة والشافعية (اذا شرط فى العقد) وعند أبى يوسف من الحنفية ومكروه كراهة تحريمية عند من يرون صحته منهم ولم يصح عند الشافعية إلا اذا كانت نية التحليل خفية لم تظهر فى العقد وقد صرح الامام الشافعى بأنه قال بذلك لاحتمال تخلف النية ومع ذلك فان له رأيا آخر يقول بابطال هذا النكاح كما تقدم . فأغلبية آراء الفقهاء على بطلان هذا النكاح ولم يقل أحد منهم بأنه يعدل نكاح الرغبة وقول من يصححه من الحنفية والشافعية فى بعض الصور لا يفيد ذلك مطلقا .

وقد كتب الامام أحمد بن تيمية سفراً جليلا [٢] بحث فيه نكاح التحليل وأثبت بأدلة قوية من الكتاب الكريم والسنة الشريفة واجماع العلماء أن هذا النكاح حرام باطل لا يفيد الحل ، واستدل على بطلانه من طريقين أحدهما بطلان الحيل عموما وظاهر أن نكاح التحليل نوع من الحيلة ، والثانى بطلان هذا النوع من النكاح بوجه خاص . ورد على قول من قال بأن بطلان نكاح التحليل مقصور على حالة ما إذا شرط التحليل فى العقد بخلاف ما لو كانت نية التحليل كامنة لم تظهر [٣] . وهو يرى أن نكاح التحليل باطل ولو لم تعلم الزوجة أو وليها بنية التحليل لأن قصد التحليل إنما حرم مراعاة

(١) يراجع كشاف القناع ج ٣ ص ٥٤ .

(٢) اقامة الدليل على ابطال التحليل ، وهو مطبوع مع ج ٣ من فتاويه .

(٣) يراجع اقامة الدليل على ابطال التحليل ص ١٨٩ وما بعدها .

لحق الله تعالى بحيث لو علمت المرأة أو وليها بقصده التحليل لم تجز مناكحته ، فالخلل هنا لم يقع فى أهلية العاقد ولا فى محلية المعقود عليه وإنما وقع فى نفس العقد . وحكم الوطء والاستمتاع الذى يحصل بناء على هذا الزواج أنه حرام على الزوج وعفو فى حق الزوجة (بمعنى أنه ليس حلالا حلا شرعيا ولا حراما تحريماً شرعياً) ويحل للزوجه ما انتفعت به من نفقة وتستحق المهر(١).

وقد تابع الامام ابن قيم الجوزية أستاذه الامام ابن تيمية على القول بأن نكاح التحليل باطل شرعا ولا يترتب عليه مايترتب على النكاح الصحيح من الآثار الشرعية . وسواء شرط التحليل فى صلب العقد أو لم يشترطه الزوج ولكن نواه فالبطلان واقع لأن الأعمال بالنيات (٢) .

ومن العلماء المعاصرين من يأخذ بقولهما هذا على أنه الحق خلافا لما ذهب اليه الحنفية فى هذا الموضوع (٣) .

وعلة إبطال نكاح التحليل هى — كما قال الامام ابن تيمية — أن الناكح قصد ما يناقض النكاح ، لأنه قصد أن يكون نكاحه للمطلقة من غيره وسيلة إلى ردها إلى زوجها الأول والشيء إذ حصل لغيره كان المقصود بالحقيقة هو ذلك الغير لا إياه ، فيكون المقصود بنكاحها أن تكون منكوحة للغير لا أن تكون منكوحة له . وهذا القدر ينافى قصد أن تكون منكوحة له اذ الجمع بينهما متناف وهو لم يقصد أن تكون منكوحة له بحال حتى يقال قصد أن تكون منكوحة له فى وقت ولغيره فى وقت آخر اذ لو كان كذلك لكان يشبه قصد المتعة من غير شرط ولهذا لو فعله فقد قيل هو كقصد التحليل وقيل ليس كذلك واذا لم يكن كذلك لم يصح الحاقة بمن لم يقصد ما ينافى النكاح لا فى

(١) اقامة الدليل على ابطال التحليل ص ١٨٣ و١٨٤ .

(٢) يراجع اعلام الموقعين ج ٣ ص ٣٤ وما بعدها وص ١٠٠ و١٠٣ و١٠٥ .

(٣) يراجع مقال « ابطال نكاح التحليل » لأحد علماء مدرسة القضاء الشرعى بمجلة القضاء الشرعى س ١ ص ١٠٠ وما بعدها .

الحال ولا فى المآل بوجه مع كونه قد أتى بالقول المتضمن فى الشرع لقصد النكاح (١). والشارع لما حرم المطلقة ثلاثا على مطلقها حتى تنكح زوجا غيره ثم يفارقها لم يكن مقصوده وجود الحل للزوج الأول، فانه لم ينصب شيئا يفضى اليه غالبا حيث علق وجود الحل بأن تنكح زوجا غيره ثم يفارقها، وهذه الغاية التى هى النكاح يوجد الطلاق معها تارة وتارات كثيرة لا يوجد وهى فى نفسها توجد تارة وتارات لا توجد، فيعلم أن الشارع نفى الحل إما عقوبة على الطلاق أو امتحانا للعباد أو لما شاء سبحانه ولو كان مقصوده وجوده إذا أراده المكلف لنصب له شيئا يفضى اليه غالبا، والزواج الثانى الذى علق عليه الشارع حل تزوج الأول بمطلقته لم ينصب لحصول هذا الحل بل نصب لحصول ما ينافيه (وهو ارتباط الزوجة مع الزوج الثانى ارتباطا يحقق المصالح المرجوة من النكاح شرعا)، فاذا نكحها هذا الزوج الثانى ليحلها للأول فهو لم يقصد النكاح وإنما قصد أثر زوال النكاح فيكون هذا مقصوده، وهذا المقصود لم يقصده الشارع ابتداء وإنما أثبته عند زوال النكاح الثانى كما تقرر، فلا يكون النكاح مقصودا له بل الحل للمطلق هو مقصوده وليس هذا الحل مقصود الشارع فلا تتفق إرادة الشارع والمحلل. (٢) وهذا القول أصرح ما يكون تطبيقا للمبدأ القاضى بأن استعمال الحق يجب أن يكون موافقا للحكمة التى من أجلها شرع هذا الحق.

حـ — نكاح المريض:

نكاح المريض مرضا يخشى منه الموت عادة غير جائز فى مذهب الامام مالك. ووجه القول بعدم جواز هذا النكاح هو أن الزوج متهم بقصده

(١) اقامة الدليل على ابطال التحليل لابن تيمية ص ٤٩.

(٢) اقامة الدليل على ابطال التحليل لابن تيمية ص ٨٨ — ٩٠.

إدخال الضرر على ورثته بهذا الزواج بادخاله وارثا معهم . على أن الرأى الذى رجحوه هو أن المنع يدور مع علته هذه وجودا وعدما ، بمعنى أنه إذا انتفت التهمة بأن كان الزوج محتاجا لهذا الزواج فالنكاح صحيح وإلا فانه لايجوز[١].
ولذلك قالوا انه لا يجوز تزوج المريض بمريضة ، لأن أحدهما لا ينتفع بالآخر غالبا[٢] فيكون الظاهر هو أن مقاصد الزواج الشرعية غير مقصودة ، ويرجح هنا قصد الاضرار بالورثة . والمنع كما يكون فى حق الزوج المريض يكون فى حق الزوجة المريضة أيضا لأن الحكمة واحدة[٣]. وحكم هذا الزواج فى مذهب الامام مالك أنه يفسخ قبل الدخول وبعده ، فان صح المريض أقر الزوجان على نكاحهما . وقد روى عنه أنه كان يرى الفسخ ولو صح المريض ، إلا أنه عدل عن هذا الرأى إلى ما تقدم . وأما المهر فتستحقه الزوجة إذا دخل بها الزوج ، وذلك فيما لا يتجاوز ثلث التركة ، وإن لم يدخل بها فلا مهر لها[٤].

وعند الحنفية تزوج المريض بمهر المثل جائز لأنه من الحوائج الأصلية[٥] دائما ، ولذلك أجازوا نكاح المريض ، بخلاف المالكية فانهم اعتبروا أن النكاح قد لايكون من ورائه منفعة للزوج وبذلك يحمل على قصد الاضرار بالورثة .

---

(١) يراجع بداية المجتهد ج٢ ص٤٠ ؛ ومنح الجليل ج ٢ ص٧٨ ؛ والمحلى ج١ ص٢٥ . ومن فقهاء المالكية من يقول بمنع هذا الزواج سواء كان المريض محتاجا للنكاح أوغير محتاج . يراجع هذا القول فى مواهب الجليل ج ٣ ص ٤٨١ .

(٢) منح الجليل المرجع السابق ؛ وشرح الزرقانى ج ٣ ص ٢٣٤ .

(٣) تراجع المدونة ج ٢ ص ١٦٨ ؛ ومنح الجليل المرجع السابق — وقد ألحقوا بمرض الموت ماهو فى حكمه كأن يكون الزوج فى صف القتال أو محبوسا لقتل ... الخ . المرجع السابق .

(٤) تراجع المدونة وبداية المجتهد ومنح الجليل المراجع السابقة .

(٥) جامع الفصولين ج ٢ ص ١٧٠ — ومذهب الشافعى كمذهب أبى حنيفة فى ذلك . بداية المجتهد لابن رشد المرجع السابق . وكذلك مذهب الامام أحمد . يراجع رحمة الأمة ج ٢ ص ٦٣ ؛ وفتاوى ابن تيمية ج ٤ ص ٧٢ رقم ١٢٦ . ومن هذا الرأى أيضا الامام ابن حزم الظاهرى . يراجع المحلى ج ١٠ ص ٢٧ .

ومن هذا يتبين أن الخلاف بين الرأيين فى تطبيق المبدأ لا فى المبدأ ذاته فانه يبق مسلما ، وهو أن النكاح إذا لم يكن مقصودا لمنفعته المشروعة وقصد به الاضرار بالغير فهو غير صحيح .

* * *

الوجه الثانى : تقييد الزواج بعدم ترتب ضرر عليه

قدمنا أن الزواج باعتباره عملا من أعمال الانسان يجوز عليه ما يجوز على هذه الأعمال ، فهو وإن كان فى الغالب محققا لمصلحة فأنه قد ينشأ عنه ضرر. ولم تغب هذه الحقيقة عن فقهاء الشريعة الاسلامية عندما بحثوا فى صفة النكاح ، فقالوا انه قد يكون فرضا أو واجبا أو مندوبا اليه أومباحا أومكروها أو حراما ، ومرجعهم فى تقرير كل صفة من هذه الصفات هو ما قد ينشأ عن الزواج من مصلحة أو ينجم عنه من مفسدة باختلاف الأشخاص والظروف.

فأما عن الفرضية والوجوب فقد علقها فقهاء الشريعة الاسلامية بالاجماع على سبب لا يتعلق بالزواج فى ذاته (١) وهو خوف الزنا أو تيقن وقوعه إذا لم يتزوج على ما سبق بيانه . وفيما عدا هذه الصورة فالزواج فى الجملة مرغوب فيه ومندوب اليه عند المالكية والحنابلة (٢) ، ومباح وحلال فى ذاته عند الحنفية والشافعية .(٣) هذا إذا لم يكن فى التزوج ضرر وأما إذا كان الزواج مؤديا لحصول ضرر فقد اختلف الحكم على ما سيجىء من البيان .

والضرر الذى ينجم عن الزواج قد يترتب على الزواج فى ذاته أى على استعمال حق التزوج ، وقد يترتب على تقصير ينسب للشخص عند استعماله لحقه هذا ، بحيث ينشا عن الزواج مع هذا التقصير ضرر بالنسبة لزوجية معينة ما كان ليقع لو استبعد وجه التقصير . ولنتكلم فى كل من الحالتين .

(١) وقد نبه مؤلف كتاب بدائع الصنائع الى ذلك صراحة جـ ٢ ص ٢٢٩ .

(٢) مقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ٣٢ ؛ وكشاف القناع جـ ٣ ص ٣ .

(٣) بدائع الصنائع جـ ٢ ص ٢٢٨ ؛ ونهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٤٢ .

١ — اذا ترتب على الزواج فى ذاته ضرر

إتفقت كلمة فقهاء الشريعة الاسلامية على أنه فى غير الحالة التى يكون فيها الزواج فرضا أو واجباً لتيقن الوقوع فى الزنا أو الخوف من ذلك بعدمه مكروه للرجل والمرأة على السواء إذا ترتب عليه ضرر . فاذا تيقن وقوع الضرر صار حراما (١) .

على أن الحالة التى نص الفقهاء على أن الزواج فيها فرض أو واجب لم تخل من تقييدها بعدم حصول ضرر على رأى بعضهم ، فقد ورد فى منح الجليل رواية عن بعض علماء المالكية أن الزواج ممنوع لمن يضر بالمرأة لعدم الوطء أو النفقة أو للنفقة عليها من كسب حرام ولم يخف العنت . إلا أنه عقّب

---

(١) يراجع فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٢؛ والبحر ج ٣ ص ٨٤ و٨٥؛ وابن عابدين ج ٢ ص٣٥٨ و٣٥٩ ؛ ومنح الجليل ج ٢ ص٢ و٣ ؛ ونهاية المحتاج ج ٥ ص ١٤٢ ؛ ومقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢٣ . ويلاحظ أن هذا المؤلف الأخير لم ينص على الحرمة إلا أن سياق كلامه لا يتعارض مع القول بها ولم يذكر صاحب كشاف القناع حالة كراهية النكاح أو تحريمه إلا أن كلامه يستفاد منه ذلك فقد قال مانصه « ويباح النكاح لمن لا شهوة له كالعنين والمريض والكبير لأن العلة التى لها يجب النكاح أو يستحب وهو خوف الزنا أو وجود الشهوة مفقود فيه ولأن المقصود من النكاح الولد وهو فيمن لا شهوة له غير موجود فلا ينصرف اليه الخطاب به إلا أن يكون مباحاً فى حقه كسائر المباحات لعدم منع الشرع منه وتخليه اذن لنوافل العبادة أفضل لمنع من يتزوجها من التحصين بغيره ويضرها بحبسها على نفسه ويعرض نفسه لواجبات وحقوق لعله لا يقوم بها ويشتغل عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيه » اهـ . نقول ان هذا الكلام يفيد كراهية النكاح بل تحريمه وليس كما قال المؤلف انه مباح فى تلك الحالة التى تناولها بحثه ودليلنا على ما نقول هو أن المصنف قال بالاباحة لعدم منع الشرع للزواج فى هذه الحالة مع أنه افترض حصول الضرر بالزوجة والضرر ممنوع شرعا وما يؤدى اليه ممنوع أيضاً على ما مر بنا عند البحث فى مدى استعمال الحق عموماً ، وفضلا عن ذلك فقد ذكر المؤلف أن الزواج فى الصورة التى تكلم عنها لا فائدة فيه ، ونقول ان ما لا فائدة فيه فعله عبث والشريعة الاسلامية لا تقر ما هو عبث . ولعل فى هذا القول ما يرد به على ما قاله فضيلة الشيخ محمد بخيت فى كتابه « رفع الأغلاق عن مشروع الزواج والطلاق » ص ٧١ — ٧٣ بشأن مذهب الحنابلة .

على ذلك مباشرة بقول لأحد علمائهم (ابن رجال) بأن خائف العنت مع عجزه عن النفقة مكلف بترك الزنا لأنه فى طوقه ، وبترك التزوج الحرام ، فلا يحل فعل محرم لدفع محرم (١) . ومقتضى هذا القول أن الزواج الذى يضر بالزوجه يحرم إطلاقا ولو خاف الزوج العنت إن لم يتزوج . وأصرح من هذا ما ذكره العلامة ابن نجيم فى كتابه البحر الرائق ونقله عنه ابن عابدين فى حاشيته على الدرمن أن فرضية الزواج أو وجوبه مشروطان بالقدرة على المهر والنفقة وعدم الجور ، فاذا تعارض خوف الوقوع فى الزنا لو لم يتزوج وخوف الجور لو تزوج قدم الثانى وصار الزواج مكروها ، فان تيقن الجور صار الزواج حراما . وقد علل ذلك بأن الجور معصية متعلقة بالعباد والمنع من الزنامن حقوق الله تعالى وحق العبد مقدم عند التعارض لاحتياجه وغنى المولى تعالى (٢) .

وقد اقتصر فقهاء الشريعة الاسلامية عند الكلام على صفة النكاح على ذكر الضرر الناتج عن العجز عن النفقة والمهر وخوف الجور ، ولم يحددوا المقصود بخوف الجور ، ومنهم من مثل له بعدم القدرة على الوطء مما يضر بالزوجة .

والكراهية والتحريم اللذان يوصف بهما الزواج فى هذه الحالات لا يؤديان إلى بطلانه إذا ماحصل لأن موجباته عارضة . وقد نص على أنه إذا علم الطرف الآخر بوجه الضرر ورضى به صار الزواج مباحا (٣) . وفضلا عن ذلك فان العجز عن النفقة والضرر يجيزان التفريق بين الزوجين كما سيجىء .

(١) منح الجليل جـ ٢ ص ٣ .
(٢) يراجع البحر جـ ٣ ص ٨٤ وابن عابدين جـ ٢ ص ٣٥٨ و٣٥٩ .
(٣) منح الجليل جـ ٢ ص ٢ .

وليست هذه كل الحالات التى يتصور فيها الضرر فهو يتحقق أيضاً فى حالات أخرى كما لوكان بأحد الزوجين عيب ينفر الآخر منه . وقدأجازت الشريعة للطرف الثانى خيار الفسخ فى هذه الحالة (١) . وأساس تقرير هذا الحق متفق عليه بين المذاهب وهو ترتب الضرر على الزواج فى هذه الحالة وتخالف مقاصده الشرعية (٢) . وظاهر أن هذا الأساس يدخل فيما تتقيد به الحقوق عموما على مامرّ بنا فى موضعه . ويمكن القول تطبيقاً لما تقدم أن من يقدم على الزواج وهو يعلم أن به عيباً مما يجيز الفسخ ويخفيه عن الطرف الآخر يكون مسئولا عما يصيب هذا الآخر من الاضرار التى تنجم عن الزواج ، كأن يكون مصابا بمرض يعدى به زوجه . ويؤيد ذلك مانص عليه المالكية والحنابلة من أن الزوج إذا رد زوجته بالعيب بعد الدخول فله أن يرجع بما دفعه لها على من غرّه باخفاء العيب عنه سواء كان الولى أو كانت الزوجة نفسها (٣) .

---

(١) وتختلف المذاهب فى بيان ما يعتبر عيبا وما لا يعتبر كذلك فبعضها مشدد وبعضها مخفف ولا نرى حاجة الدخول فى تفصيلات ما قالوه ويكفى أن نشير إلى أن الرأى الذى يتفق والحكمة التى من أجلها أبيحت الفرقة بسبب العيب هو ما ذكره الامام ابن قيم الجوزية من أن كل عيب ينفر أحد الزوجين من الآخر ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار لهذا الزوج (زاد المعاد ج ٢ ص ٢٣٤) . ويقرب من ذلك مانص عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فى المادة التاسعة منه من أن « للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به فان تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق » . وقد أخذت هذه المادة عما استقر عليه الرأى فى مشروع تعديل قانون الأحوال الشخصية سنة ١٩١٧ ، يراجع كتاب الشيخ أحمد ابراهيم بك ص ٣٢١ . ويسقط الخيار بالرضاء بالعيب صراحة أو دلالة .

(٢) يراجع فى ذلك : المدونة ج ٢ ص١٦٧ وما بعدها ؛ ومنح الجليل ج ٢ ص ٧٩ وما بعدها ؛ والأم ج ٥ ص ٧٥ وما بعدها ؛ ونهاية المحتاج ج ٥ ص٢٣٥ ومابعدها ؛ وبدائع الصنائع ج ٢ ص ٣٢٧ ؛ وكشاف القناع ج ٣ ص٦١ وما بعدها ؛ وبداية المجتهد ج ٢ ص٤٤ و٤٥ .

(٣) المدونة ج ٢ ص١٦٨ ؛ ومنح الجليل ج ٢ ص ٩٠ ؛ وكشاف القناع ج ٣ ص ٦٦ ؛ وزاد المعاد ج ٢ ص ٢٣٤ .

ولما كانت مشروعية الخطبة متوقفة على مشروعية النكاح فمن يقدم على خطبة ويتمادى فيها وهو يعلم أنه مصاب بمرض يمنعه من الزواج يكون مسئولا [١].

والضرر الذى من قبيل ما تقدم خاص يصيب فرداً معيناً وهو أحد طرفى العقد. ولكن هناك حالات قد يكون الزواج فيها مسببا لضرر عام لا يقتصر على فرد معين بل يتعدى إلى الجماعة، فقد أثبت العلم الحديث أن هناك أمراضا نفسية وعقلية وعيوبا خلقية فى الانسان تنتقل إلى ذريته بالوراثة. وقد تنبهت الأذهان فى بعض البلاد الأجنبية منذ أوائل القرن الحالى الى ضرورة العمل على منع تناسل الأشخاص المصابين بشىء من هذه الأمراض منعاً لما عساه أن ينتج عن هذا التناسل من نسل يحمل العيوب الوراثية مما يؤدى الى وجود طائفة من الناس عيالا على المجتمع. وقد رئى أن الوسيلة لهذا المنع هى إجراء عمليات طبية للأشخاص المرضى الذين يرجح علمياً أن نسلهم يكون مصابا بتلك الأمراض، وهذه العمليات تؤدى الى تعقيمهم [٢]. وقد أصدر كثير من الحكومات الأمريكية والأوربية قوانين تبيح إجراء هذه العمليات بشروط تختلف باختلاف هذه القوانين. [٣] فمنها ما يشترط رضاء

---

(١) حكم محكمة الاسكندرية الأهلية الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ والسابق الاشارة اليه — تراجع أسباب الحكم.

ونذكر بهذه المناسبة أن المادة الخامسة من قانون الزواج الذى أصدرته الحكومة الامبراطورية الفارسية وعمل به ابتداء من ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٢٩ تنص على أن «كل غش يقع من أحد الطرفين قبل الزواج وما كان يحصل الزواج بدونه يعاقب عليه بالحبس من شهرين إلى أربعة وعشرين شهراً».

(٢) يراجع فى ذلك تقرير المسيو Victor Almquist بنشرة القومسيون الدولى لقانون العقوبات مجلد ١ ص ٨٣.

(٣) بدأت حركة اصدار هذه القوانين فى الولايات المتحدة الأمريكية فأصدرت ثمان وعشرون ولاية من تلك الولايات قوانين خاصة بالتعقيم فى المدة ما بين سنة ١٩٠٧ وسنة ١٩٣١. وقد أحصى عدد العمليات التى أجريت طبقا لهذه القوانين فى جميع هذه الولايات حتى أول يناير

الشخص الذى تجرى له هذه العملية ، ومنها ما لا يشترط ذلك . ويرجع هذا الاختلاف الى أن هذا الاجراء وان كانت تدعو اليه المصلحة العـامة إلا أن فيه إهداراً لمظهر هام من مظاهر آدمية الأشخاص موضوع البحث ، فمن هذه القوانين ما يعتبر المصلحة العامة أولى بالرعاية فلا يشـترط الرضاء ، ومنها ما يحاول سياسة الأمرين معا بحيث لا يتعارضان فيشترط رضاء الشخص أو من له القيام عليـه . والطريقة التى رسمتها تلك القوانين جميعا لتفادى هذا التناسل الضار لم تكن بمنع الزواج وإنما بالتعقيم مع بقاء حرية الزواج لهؤلاء الأشخاص . وقد روعى فى ذلك أن يكون تفادى الضرر بالقدر اللازم مع الابقاء على الطريقة المشروعة لاشباع الحاجة الطبيعية فى الانسان هذا فضلا عن أن التناسل قد يحصل بغير طريق الزواج الشرعى وبذلك لا يكون منع التزوج كافيا لتفادى الضرر .

ولم يثر هذا الموضوع فى بلادنا — على ما نعلم — حتى الآن ، ولـكن ماذا يكون الحـكم لو ظهر من البحث العلمى والاحصائيات التى يقوم بها المختصون بذلك أن المصلحة العامة تدعو إلى اتخاذ إجراء من هذا القبيل لحماية المجتمع من طوائف مختلفة من ذوى العاهات ممن لافائدة من وجودهم وهم مع ذلك عيال على غيرهم . هل مثل هذا التشريع يتعـارض مع قواعد الشريعـة الاسـلامية ؟ لم نعثر على نص لفقهاء الشريعة الاسلامية فى هذا الموضوع بالذات ، ومن الطبيعى أن لا نجد مثل هذا النص ، فان اكتشاف توارث

سنة ١٩٣٢ فبلغت ١٢١٤٥ عملية منها ٥٦١٣ عملية أجريت لرجال و٦٥٣٢ لنساء . يراجع فى ذلك نشرة القومسيون الدولى لقانون العقوبات مجلد ٣ ص١٧ و١٨ بالهامش . وقد أصدرت حكومة الدانمارك قانونا من هذا القبيل فى أول يونيه سـنة ١٩٢٩ ، المجموعة السالفة الذكر جـ١ ص ١٧٥ — ١٧٧ ؛ والحـكومة الألمانية فى ١٤ يوليه سنة ١٩٣٣ ، المجموعة السالفة الذكر مجلد ٣ ص ٢٣٩ — ٢٤٦ وجريدة المحاكم المختلطة بالعـدد رقم ١٦٦٨ بتاريخ ١٧ و١٨ نوفمبر سـنة ١٩٣٣ ص ٦ و٧ ؛ وعدا ذلك يوجد مشروع قانون فى السويد ، المجموعة المذكورة مجلد ١ ص ٨٣ — ٨٥ ؛ والنرويج ، المجموعة مجلد ٢ ص١٨٨ — ١٩١ .

العاهات وطريقة التعقيم لم يظهر إلا منذ عهد قريب . ولكن بالرغم من عدم وجود نص فقهى فى هذا الشأن فانا نرى أن قواعد الشريعة الاسلامية لا تمنع من اتخاذ الاجراء موضع بحثنا ، ولدينا فى تأييد ما نذهب اليه وجهان : أحدهما من قواعد الشريعة العامة ، والثانى نصوص فقهية فى مسائل قريبة مما نحن بصدده.

فأما عن القواعد الشرعية العامة فقد رأينا عند بحثنا فى مدى استعمال الحقوق أنه من القواعد الفقهية الأساسية أن الضرر الخاص يحتمل دفعا للضرر العام ، وعلى أساس هذه القاعدة قرر فقهاء الشريعة أن لولى الأمر حق تقييد المباحات العامة اذا وجد أن إطلاق استعمالها سيؤدى الى ضرر عام ، وأصبحت هذه القاعدة من الوجوه التى يتقيد بها الحق فى الشريعة عموما . وفى الحالة التى يتناولها بحثنا الآن دفع الضرر العام المتوقع من تناسل أفراد معينين سبيله الحيلولة بين هؤلاء الأشخاص وبين ما من شأنه تناسلهم . ولما كان منع الزواج غير قاطع فى تفادى هذا التناسل الضار كما تقدم يتعين اتباع الطريق المؤدى لذلك وهو تعقيم الشخص ، وما يصيبه من ضرر نتيجة ذلك يبرره ما يندفع به من الضرر العام .

وأما الوجه الثانى لاستدلالنا فمرجعه إلى ما نص عليه فقهاء الشريعة الاسلامية فى العزل . والمقصود بالعزل هو تعمد إنزال المادة المنوية خارج الرحم عند الجماع بقصد تلافى حصول الحمل . ويلاحظ أن الغرض المقصود من العزل والنتيجة التى يؤدى اليها يتفق والغرض المقصود من التعقيم ونتيجته .

وحكم العزل عموما أنه جائز بشرط رضاء الزوجة .[1] وقد جاء فى فتح القدير « وفى الفتاوى إن خاف من الولد السوء فى الحرة يسعه العزل بغير رضاها لفساد الزمان فليعتبر مثله من الاعذار مسقطاً لأذنها »[2]، ونقله عنه

---

(١) زاد المعاد جـ ٢ ص ٢٢٢ و٢٢٣ .

(٢) فتح القدير جـ ٢ ص ٤٩٤ .

ابن عابدين فى حاشيته على الدر . (١) ويدل هذا القول على أن للزوج أن يعزل عن زوجته ولو بغير رضاها كلما خاف من الولد السوء . ونقول انه ليس أسوأ من الولد الذى يكون مصابا بعاهة فى عقله أو فى بدنه . وفضلا عن ذلك فقد نص صاحب كشاف القناع على أن العزل واجب فى دار الحرب لئلا يستعبد الولد (٢) . ويدل هذا على أن فقهاء الشريعة يوجبون العمل على منع الحمل والتناسل إذا كان يؤدى الى الضرر ، وبذلك يكون تعقيم من تنتقل عاهته الى أولاده بالوراثة ان لم نقل بأنه واجب شرعا فهو على الأقل جائز. ومما يصلح للاستناد عليه فيما نقول به ما ذكره الامام الشافعى تعليلا لما قال به من أن الجذام والبرص عيبان يجيزان فسخ الزواج . فان من أدلته على ذلك أن الولد الذى يأتى من مريض بأحد هذين الداءين « قلما يسلم وان سلم أدرك نسله » (٣) . فيرى من ذلك أنه اعتبر احتمال إصابة الولد بمرض أبيه أو ظهور هذا المرض فى نسله عموماً مجيزاً لفسخ نكاح هذا المريض .

على أن تقييد حرية الزواج مراعاة للمصلحة العامة لهمظهر فى مصر وان كان ضئيلا ، فقد أوجبت وزارة الحقانية على محررى وثائق الزواج أنه عند ما يطلب منهم مباشرة عقد أن يحصلوا من راغبى الزواج على إقرار كتابى بخلوهما من الأمراض السرية (٤)، وقد صدرت هذه التعليمات بناء على طلب مصلحة الصحة العمومية ، والغرض منها مكافحة الأمراض السرية والعمل على وقف انتشارها بين الناس (٥) .

---

(١) جـ ٢ ص ٥٢٢ .

(٢) يراجع كشاف القناع جـ ٣ ص ٤ و١١٢ . وفى هذا المعنى أيضاً شرح المنتهى على هامشه جـ ٣ ص ١٦٥ .

(٣) الأم جـ ٥ ص ٧٦ .

(٤) المنشور رقم ٦ للمحاكم الشرعية فى ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ .

(٥) يراجع كتاب مصلحة الصحة العمومية لوزارة الحقانية المؤرخ فى ١٦ يناير سنة ١٩٢٩ والمثبت بالمنشور السالف الذكر .

والواقع هو ان هذا ليس قيداً لحرية الزواج بالمعنى الدقيق لأسباب متعددة منها أن الكذب فى هذا الأقرار لا يترتب عليه أى نتيجة ، فضلا عن أنه لم ينص على أن تقديم هذا الاقرار من الشروط النظامية لعقد الزواج ، وبذلك لا يكون الامتناع عن تقديمه سببا صحيحا للامتناع عن تحرير العقد .

والذى يهمنا من ذلك هو أن هذا الاجراء الذى أوجبته وزارة الحقانية على محررى وثائق الزواج يبين اتجاها خاصا نحو تقييد حرية الزواج ، وانه وان كان ضئيل الأثر فقد يتطور الى ما هو أكبر أثراً وأكثر نفعا فى تقييد حرية الزواج بما يمنع الاضرار التى قد تنجم عنه فى بعض الأحوال .

* * *

ب — اذا وقع تقصير فى استعمال حق التزوج ترتب عليه ضرر

طبقا لمذهب أبى حنيفة للمرأة الحرة البالغة العاقلة أن تزوج نفسها بمن ترغب بلا ولى بكراً كانت أو ثيبا لأن هذا تصرف فى خالص حقها . (١) إلا أن حق المرأة هذا ليس مطلقا ، وانما قيدته الشريعة بما تتقيد به الحقوق عموما . فهو يتقيد أولا بما يتقيد به حق الرجل كما تقدم لأن الحكمة واحدة على مامر بنا . ولكن هناك قيداً آخر يرجع الى أن زواج المرأة قد يكون مسببا لضرر يلحق بأسرتها اذا ما تزوجت بشخص غير كفء لها بحيث يعير ذووها بمصاهرته .فالضرر هنا لا ينتج عن التزوج فى ذاته بل عن سوء الاختيار بما يعد تقصيراً فى استعمال حق التزوج. ومن أجل ذلك قيد فقهاء الحنفية حق المرأة فى تزويج نفسها بقيد لم يقيد به حق الرجل فى التزوج ، وهو أن يكون الزوج الذى تختاره كفئا لها . والحكمة من هذا القيد هى منع الضرر الذى

---

(١) البحر ج ٣ ص ١١٧؛ الشيخ أحمد ابراهيم بك بند ١٤٨ — وانما يستحب لها أن تترك تزويجها لوليها . وسنرى فيما بعد أن المذاهب الأخرى تشترط أن يكون التزويج من الولى.

يصيب المرأة وأولياءها من ارتباطهم مع من هو دونهم برباط المصاهرة، وفضلا عن ذلك اذا تحقق شرط الكفاءة تحققت المقاصد المرجوة من الزواج لأن النكاح يعقد للعمر ويشتمل على أغراض ومقاصد من الصحبة والألفة والعشرة وتأسيس القرابات وذلك لا يتم الا بين الأكفاء (١).

ويرى من ذلك أن تقييد حق المرأة فى التزوج بهذا القيد لم يشرع لحماية الأولياء فقط بمنع الضرر عنهم وإنما شرع أيضاً لمصلحة المرأة نفسها، وقد أشارت لذلك محكمة الجمالية الشرعية بحكمها الصادر فى ١٣ ربيع الآخر سنة ١٣٤٩ (٦ سبتمبر سنة ١٩٣٠) بقولها « ان مارآه الفقهاء لا يصطدم بحال مع حق الزوجة فى اختيار زوجها لأنه لا يملك أحد الاعتراض عليها متى وفقت فى اختيارها، وانهم ما حدوا من سلطتها إلا حرصا على مستقبلها ورغبه فى تدعيم حياتها الزوجية وإيجاد التناسب بينها وبين زوجها، فاذا ما أباح الشارع الحكيم للعاصب أن يتقدم للقاضى معترضا على الزواج بغير الكفء وبأقل من مهر المثل حتى يتمه فانه لا يكون قد حاد عن الجادة أو رمى إلى فكرة استبدادية، وإنما يكون قد نظر إلى المصلحة وعلم أن المرأة تستغوى وتذهب ضحية سذاجتها وتصديقها الوعود التى يتقدم بها الرجل حتى إذا ما خبرته وعرفت أمره ورجعت إلى الروابط العائلية وأدركت أنها لا تستطيع الانفكاك عنها ندمت على ما فعلت وحاولت الخلاص من هذا الزواج. » (٢)

وعلى وفق ما تقدم يكون مناط الكفاءة ألا يكون الزوج بحال يلحق بالزوجة أو أوليائها عارا بسبب تزوجه بها، ولا شك أن هذا يختلف باختلاف الناس زمانا ومكانا (٣). غير أن فقهاء الشريعة نصوا على أن الكفاءة تعتبر

(١) يراجع المبسوط جـ ٥ ص٢٣ و٢٦؛ وفتح القدير جـ ٢ ص ٤١٨؛ وبدائع الصنائع جـ ٢ ص ٣١٧.

(٢) حكم محكمة الجمالية الشرعية الصادر فى ١٣ ربيع الآخر سنة ١٣٤٩ (٦ سبتمبر سنة ١٩٣٠) مجلة المحاماة الشرعية س ٢ ص ٦٦٠.

(٣) كتاب الشيخ أحمد ابراهيم بك بند ١٥٨.

فى النسب والاسلام بالنسبة للآباء والأجداد والحرية والمال والديانة والحرفة، ومع اختلافهم فى تفصيلات ما يدخل تحت كل من هذه الاعتبارات من الفروض فان أصل القاعدة متفق عليه، وهو اشتراط الكفاءة فيما يضر الزوجة وأولياءها فواته من الصفات فى الزوج، وكل ما أثير من اختلاف بين الفقهاء فى ذلك مرجعه الى اختلاف فى التقدير (١). والعمل جار فى المحاكم الشرعية بمصر على اعتبار الكفاءة فى الأمور المتقدم ذكرها والتى نص عليها فقهاء المذهب الحنفى (٢).

وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فعلى ظاهر الرواية فى المذهب ينعقد النكاح صيححاً وتترتب أحكامه من إرث وطلاق إلى أن يفرق القاضى بينهما بناء على طلب الولى، والفرقة بذلك لا تكون طلاقا وإنما تعتبر فسخاً، فاذا وقعت قبل الدخول فلا مهر للزوجة. وأما على الرواية المختارة للفتوى إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء لم ينعقد النكاح أصلا (٣). ويثبت حق طلب التفريق للولى العاصب ولو كان هذا الولى غير محرم كابن العم. (٤) ويسقط حق طلب التفريق برضاء الولى الأقرب بالزواج، فاذا تعدد الأولياء وكانوا فى درجة واحدة اعتبر رضاء أحدهم كرضاء الكل لأن الحق واحد وهو غير محتمل للتجزئة لأنه بسبب لا يحتملها وهو عدم الكفاءة فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد به. ويرى الامامان أبو يوسف وزفر أن رضاء

---

(١) يراجع تفصيل ذلك فى المبسوط جـ ٥ ص٣٣ ومابعدها؛ وفتح القدير جـ ٢ ص٤١٩ وما بعدها؛ وبدائع الصنائع جـ ٢ ص ٣١٨ وما بعدها.

(٢) كتاب الشيخ أحمد ابراهيم بك بند ١٥٨ — ويراجع حكم محكمة الجمالية الشرعية الصادر فى ١٣ ربيع الآخر سنة ١٣٤٩ (٦ سبتمبر سنة ١٩٣٠) والسابق الاشارة اليه وقد اشترط الكفاءة فى الحرفة وفى المال من حيث القدرة على النفقة والتعاقد على مهر المثل.

(٣) يراجع فى ذلك المبسوط جـ ٥ ص ٢٥و٢٦؛ والزيلعى جـ٢ ص١٢٨ ؛ والبحر جـ ٢ ص ١١٧ و١١٨ ؛ وفتح القدير جـ ٢ ص ٤١٩.

(٤) البحر جـ ٢ ص ١٣٨.

أحد الأولياء بالزواج لا يسقط حق باقى الأولياء الذين يساورنه فى الدرجة لأنه حق الكل فلا يسقط إلا برضاء الكل.[١] وظاهر أن هذا الرأى الأخير هو الذى يتفق والحكمة التى دعت لاشتراط الكفاءة وهى رفع الضرر عن الأولياء. وكذلك يسقط حق طلب الفسخ إذا ظهر أن الزوجة حبلى. والحكمة فى ذلك هى منع الضرر الذى يلحق بالولد من التفريق بين أبويه وهو أشد من الضرر الذى يلحق بالأولياء من بقاء الزواج ؛ فيمنع الضرر الأشد بتحمل الضرر الأخف.[٢] ويلاحظ أن هذا القول يوافق حكمة اشتراط الكفاءة وهى دفع الضرر وتحقيق مصالح الزواج، فان فى الابقاء على النكاح فى هذة الحالة دفعا لضرر يلحق بالولد هو أشد مما يلحق بالأولياء، فضلا عما فى هذا الابقاء من تحقيق الغرض المقصود من الزواج فى الأصل وهو المحافظة على الولد.

(١) المبسوط جـ ٥ ص ٢٦ ؛ وفتح القدير جـ ٢ ص ٤١٩ .

(٢) البحر جـ ٣ ص ١٣٩؛ وفتح القدير جـ ٢ ص ٤١٩ — ويلاحظ أن القول بذلك يتمشى مع ظاهر المذهب ويتعارض مع الرأى المفتى به من أن تزوج المرأة بغير كفء باطل أصلا ولا تلحقه اجازة. يراجع فى ذلك كتاب الشيخ أحمد ابراهيم بك هامش رقم ٢ بند ١٤٨ ، وقد قال ان الأخذ بظاهر المذهب فى حالة الحبل هو الصواب وذلك للمصلحة الراجحة منه .

الفصل الثانى

فى تعـــــدد الزوجات

اتفق جمهور المسلمين على جواز نكاح أربع من النساء معا .[1] وأن هذا العدد هو منتهى العدد المشروع ، لأن فى الزيادة على الأربع خوف الجور عليهن بالعجز عن القيام بحقوقهن لأن الظاهر أن الرجل لا يقدر على الوفاء بحقوقهن ، فاذا تحقق هذا المعنى فى زواج أكثر من واحدة فى حدود العدد المشروع فليقتصر الرجل على زوجة واحدة .[2] وأساس ذلك فى التشريع قوله تعالى فى سورة النساء « وإن خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا ».[3] ولما كانت هذه الآية هى الأساس التشريعى لحق التزوج بأكثر من واحدة تعين بســـط تأويلها حتى تتبين حدود هذا الحق وما يتقيد به . وقد اختلف المفسرون فى تأويل هذه الآية إلى عدة أقوال وهى : —

الأول — قال بعض المفسرين انها نزلت فى أولياء اليتامى الذين يكون فى ولايتهم نساء فيرغبون فى زواجهن طمعا فى مالهن عن غير رغبة فى أشخاصهن وتكون نتيجة ذلك الاضرار بهؤلاء الزوجات واساءة صحبتهن أو تزوجهن باقل من صداق أمثالهن، فنهوا عن ذلك بالآية على أن يتزوجوا من غيرهن من الغرائب اللواتى أحلهن الله لهم من واحدة إلى أربع ، فان

---

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٥ .

(٢) بدائع الصنائع جـ ٢ ص ٢٦٦ .

(٣) سورة النساء الآية رقم ٣ .

خاف الرجل أن يجور إذا نكح من الغرائب أكثر من واحدة ولا يعدل فليقتصر على واحدة [١].

وعلى هذا التفسير تكون الآية مسوقة فى الأصل للوصية بحفظ حق يتامى النساء فى أموالهن وأنفسهن، وتكون كلمة اليتامى فى الآية مقصوداً بها النساء اليتامى، وكلمة النساء فيها أيضاً مقصود بها النساء غير اليتامى [٢].

الثانى — وقال آخرون بل معنى الآية النهى عن نكاح ما فوق الأربع حذراً على أموال اليتامى أن يتلفها أولياؤهم، وذلك أن قريشاً كان الرجل منهم يتزوج العشر من النساء والأكثر والأقل فاذا صار معدما مال على مال يتيمة الذى فى حجره فأنفقه أو تزوج به لماله، فنهوا عن ذلك وقيل لهم ان أنتم خفتم على أموال أيتامكم أن تنفقوها فلا تعدلوا فيها من أجل حاجتكم اليها لما يلزمكم من مؤن نسائكم فلا تجاوزوا فيما تنكحون من عدد النساء أربعاً، وإن خفتم أيضاً من الأربع ألا تعدلوا فى أموالهم فاقتصروا على الواحدة [٣].

وعلى هذا التأويل تكون الآية مسوقة فى الأصل للوصية بحفظ حق اليتامى عموما ذكوراً واناثا.

الثالث — وقال آخرون بل معنى الآية أن القوم كانوا يتحوبون فى أموال اليتامى ألا يعدلوا فيها ولا يتحوبون فى النساء ألا يعدلوا فيهن، فقيل لهم كما خفتم أن لا تعدلوا فى اليتامى فكذلك خافوا فى النساء أن لا تعدلوا

---

(١) وهذا التفسير قول السيدة عائشة رضى الله عنها، ورجحه الرازى والجصاص، والألوسى، وأخذ به الأستاذ الامام الشيخ محمد عبده فى دروسه. يراجع فى ذلك الطبرى ج ٤ ص ١٤٣ و١٤٤؛ والكشاف ج ١ ص٣٤٦؛ وأحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٥٠و٥١؛ والألوسى ج ٤ ص١٦٨و١٧٣ و١٧٤؛ ونيل المرام ص ١٠٠؛ وتفسير المنار ج ٤ ص ٣٤٥.

(٢) تفسير المنار ج ٤ ص ٣٤٥.

(٣) يراجع فى ذلك الطبرى ج ٤ ص ١٤٤؛ وأحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٥٠ — ويقول الشيخ رشيد رضا ان هذا أضعف الوجوه فى تأويل الآية. تفسير المنار ج ٤ ص ٣٤٧.

فيهن ،ولا تنكحوا منهن إلا من واحدة إلى أربع ولا تزيدوا على ذلك ،وإن خفتم أن لا تعدلوا أيضا فى الزيادة على الواحدة فلا تنكحوا إلا واحدة [١].

وعلى هذا الوجه من التفسير يكون الكلام فى العدل فى النساء وتقليل العدد الذى ينكح منهن مع الثقة بالعدل مقصوداً لذاته [٢].

الرابع — وقال آخرون ان معنى الآية كما خفتم فى اليتامى وتحرجتم فى ولايتهم من أكل أموالهم فكذلك تخوفوا فى النساء أن تزنوا بهن، ولكن انكحوا ما طاب لكم منهن مثنى وثلاث ورباع ، فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة [٣].

وعلى هذا التأويل يكون الكلام فى العدل فى النساء وتقليل العدد الذى ينكح منهن مع الثقة بالعدل مقصوداً لذاته كما فى التأويل السابق .

الخامس — وقال آخرون انها نزلت فى الرجل تكون له اليتيمة وهو وليها ووارثها ولها مال وليس لها أحد يخاصم دونها فلا ينكحها لمالها (وبعبارة أخرى يعضلها) فيضربها ويسىء صحبتها، فنهى عن نكاحها وأبيح له نكاح غيرها ممن يحل له مثنى وثلاث ورباع، فان خاف ألا يعدل فواحدة [٤].

السادس — وقيل انه يجوز أن يكون المراد بالآية مجموع تلك المعانى من قبيل استعمال اللفظ المشترك فى كل مايحتمله الكلام من معانيه واستعمال اللفظ فى حقيقته ومجازه معا . وعلى هذا تكون الآية مرشدة إلى إبطال كل

---

(١) يراجع الطبرى ج ٤ ص ١٤٥ ؛ وأحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٥٠ ؛ ونيل المرام ص ١٠٠ ؛ والكشاف ج ١ ص ٣٤٦ ؛ والألوسى ج ٤ ص ١٧٣ — وقد رجح الطبرى هذا القول ، المرجع السابق ص ١٤٦ و ١٤٧ . وكذلك رجحه الزمخشرى فى الكشاف المرجع السابق.

(٢) تفسير المنار ج ٤ ص ٣٤٧ — ويقول مؤلفه ان هذا هو الذى يليق بالمسألة فى ذاتها لأنها من أهم المسائل الاجتماعية ويناسب أن تكون فى أوائل السورة التى سميت سورة النساء ، المنار المرجع السابق .

(٣) الطبرى ج ٤ ص ١٤٦ ؛ وأحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٥٠ ؛ والكشاف ج ١ ص ٣٤٦ ؛ والألوسى ج ٤ ص ١٧٣ .

(٤) الطبرى ج ٤ ص ١٤٦ ؛ والألوسى ج ٤ ص ١٧٣ .

تلك الضلات والمظالم التى كانت عليها الجاهلية فى أمر اليتامى وأمر النساء من التزوج باليتامى بدون مهر المثل والتزوج بهن طمعا فى أموالهن يأكلها الرجل بغير حق ومن عضلهن ليبقى الولى متمتعا بمالهن لا ينازعه فيه الزوج ومن ظلم النساء بتزوج الكثيرات منهن مع عدم العدل بينهن (١) .

ويستخلص من تأويل الآية على الوجوه المتقدمة أصلان هما :

الأول — أن التزوج بأكثر من واحدة إلى أربع مباح ابتداء(٢) ، وان ماورد بالآية عن اليتامى مقصـــود به الوعظ وليس سببا فى تشريع حق التزوج بأربع فهذا الحق موجود فى الأصل .

الثانى — إذا خاف الرجل الجور وعدم العدل بين نسائه إذا تزوج بأكثر من واحدة يحرم عليه التزوج بأكثر من واحدة .

وعلى ذلك يكون الأصل الثانى قيداً للأصل الأول ، وهذا القيد مقصود به منع الضرر الذى ينشأ عن استعمال الحق الأصلى فى التزوج بأكثر من امرأة واحدة . ويتبين ذلك من قوله تعالى فى الآية «ذلك أدنى ألا تعولوا» أى أقرب من عدم الجور والظلم . (٣) فحق التزوج بأكثر من واحدة يتقيد بعدم الضرر المتوقع من خوف عدم العدل بين الزوجات ، وهذا يطابق أحد

---

(١) تفسير المنـار ج ٤ ص ٣٤٧ و٣٤٨ ؛ ويراجع أيضاً أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٥١ .

(٢) فى هذا المعنى مقال الأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم بك بمجلة كلية الحقوق س ٢ عدد ٤ ص ١٧ ؛ والشيخين محمد عبد العزيز الخولى ومحمد أحمد العدوى بمجلة القضاء الشرعى س ٤ ص ٣٩٩ ؛ والشيخ رشيد رضا فى رسالته المسماة « نداء للجنس اللطيف » ص ٤٨ .

(٣) تفسير المنار ج ٤ ص ٣٤٨ نقلا عن دروس المرحوم الأستاذ الامام الشيخ محمد عبده ، وقد قال رحمه الله فى قوله تعالى « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم » (سورة النساء آية رقم ١٢٩) انه محمول على القول فى ميل القلب ولولا ذلك لـكان مجموع الآيتين منتجاً عدم جواز التعدد بوجه ما ولمـا كان يظهر وجه قوله تعالى بعد ما تقدم من الآية « فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة » والله يغفر للعبد ما لا يدخل تحت طاقته من ميل قلبه — المنار المرجع السابق .

الوجوه التى تتقيد بها الحقوق فى الشريعة الأسلامية عموماً وهو عدم استعمالها إذا كان هذا الاستعمال يؤدى الى احداث ضرر بالغير كما تقدم . وبذلك يتبين أن ما قاله المرحوم الأستاذ الامام الشيخ محمد عبده من أن الشارع جعل البعد من الجور سبباً فى التشريع فى هذا الموضوع (١) لا يتمشى مع الأصل الذى أخذ به الأستاذ رحمه الله ؛ ذلك أن تأويل آية التعدد طبقاً للوجوه المتقدم ذكرها — وقد أخذ الأستاذ بأحدها — يؤدى إلى اعتبار التعدد مباحا فى الأصل ، ويكون البعد من الجور قيداً لهذا الحق الأصيل ، والقيد لا يكون سبباً فى تشريع الحق الذى يتقيد به .

هذا وقد قالوا ان الحرمة الناتجة عن خوف عدم العدل فى حالة التزوج بأكثر من واحدة لا يترتب عليها بطلان عقد زواج من زدن على الواحدة ، لأن الحرمة عارضة لا تقتضى بطلان العقد ، فقد يخاف الظلم ولا يظلم وقد يظلم ثم يتوب فيعدل فيعيش عيشة حلالا . (٢) وعلى ذلك يكون الجزاء فى هذه الحالة مقصوراً على الحرمة ديانة . ويرى البعض أن العقد يفسد فى هذه الحالة على أصل مذهبي الامامين مالك وأحمد فى إحدى الروايتين عنه وسيجىء بيان ذلك . (٣) .

* * *

وقد كان من نتيجة تأويل آية التعدد على الوجوه المتقدم ذكرها ، والذى أدى الى اعتبار التزوج بأكثر من واحدة حقا ، أن أسرف الناس فى استعمال هذا الحق وأساءوا فيه باغفالهم مراعاة القيد الذى يتقيد به على ما مرّ بنا ،

---

(١) تفسير المنار ج ٤ ص ٣٤٨ .

(٢) تفسير المنار ج ٤ ص ٣٥٠ نقلا عن دروس المرحوم الشيخ محمد عبده .

(٣) يراجع مقال الشيخين محمد عبد العزيز الخولى ومحمد أحمد العدوى بمجلة القضاء الشرعى س ٤ ص ٣٩٩ .

ونتج عن الاساءة فى استعمال هذا الحق مفاسد جمة [١] دعت المشرع الى التفكير فى تقييد هذا الحق تشريعيا بما يحقق مراعاة القيد الذى يتقيد به والذى سبق بيانه . فوضعت وزارة الحقانية فى سنة ١٩٢٨ مشروعا لتعديل بعض أحكام الأحوال الشخصية اشتمل على تقييد استعمال حق التزوج بأكثر من واحدة . [٢] وقد تضمنت ذلك الثلاث المواد الأولى من المشروع ونصها :

المادة الأولى — لا يجوز لمتزوج أن يعقد زواجه بأخرى ولا لأحد أن يتولى عقد هذا الزواج أو يسجله الا باذن من القاضى الشرعى الذى فى دائرة اختصاصه مكان الزوج .

المادة الثانية — لا يأذن القاضى بزواج متزوج إلا بعد التحرى وظهور القدرة على القيام بحسن المعاشرة والانفاق على أكثر ممن فى عصمته ومن تجب نفقتهم عليه من أصوله وفروعه .

المادة الثالثة — لا تسمع عند الانكار أمام القضاء دعوى زوجية حدثت بعد العمل بهذا القانون إلا إذا كانت ثابتة بورقة رسمية .

وكان المشروع يتضمن مادة أخرى فى هذا الباب حذفت منه أخيراً وكان نصها « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تزيد على عشرة آلاف قرش أو بهما معا المتزوج الذى يخالف حكم المادة الأولى وكذلك من يتولى عقد هذا الزواج أو يسجله » .

ويتبين من ذلك أن المشرع يقر تعدد الزوجات باعتباره حقا ، وا ا أراد تقييد استعماله بما يحقق القيد الذى يتقيد به هذا الحق طبقا لما تقدم بيانه ، وقد

(١) أشار المرحوم الأستاذ الامام الشيخ محمد عبده الى أنواع من هذه المفاسد فى مقال له عنوانه « حكم الشريعة فى تعدد الزوجات » نشر فى جريدة الوقائع المصرية فى ٨ ربيع الآخر سنة ١٢٩٨هـ وهذا المقال مطبوع فى جـ ٤ من تفسير المنار ص ٣٦٤ وما بعدها .

(٢) لم ينفذ المشروع فيما يتعلق بتقييد حق تعدد الزوجات .

أشارت الوزارة الى ذلك فى مذكرتها الايضاحية للمشروع بقولها « لم تقصد الوزارة فيما شرعته لذلك أن تغير مشروعا أو تمنع مباحا ، وإنما قصدت أن تمنع منكراً اتفقت جميع المذاهب على إنكاره وهو التزوج بأكثر من واحدة حين لا يكون للزوج قدرة على إحسان معاشرتهن والقيام بنفقتهن بما لديه من مال أو بما هو مهيأ له من كسب حسب البيئة والوسط الذى يعيش فيه. وأما البيئة التى تكون فيها الزوجة عاملا من عوامل الانتاج ونمو الثروة بشخصها وبما تنسله من ذرية كما هو الشأن فى أهل القرى فلا يرد المنع فيها من حيث الكسب ما دام الزوج مستعداً له بمعونة الزوجة » .

والأصل الذى بنى عليه المشروع من حيث تقييد حق التزوج بأكثر من واحدة بالقدرة على الانفاق هو ما نص عليه فقهاء الشريعة الاسلامية من « أن الزواج عند العجز عن النفقة محرم » (١) .

وظاهر من المذكرة الايضاحية لهذا المشروع أنه يقوم على اعتبارين :

الأول — يرجع الى أصل مشروعية حق التعدد ونطاقه شرعا ، فقالت عنه « أباحت الشريعة الاسلامية التزوج بأكثر من واحدة لمصالح هامة وأغراض سامية لا لمجرد الهوى وإشباع الشهوة العمياء . وهى مع ذلك ما أباحت التعدد الا حيث لا يخشى منه الجور سواء أكان ذلك الجور يظن وقوعه بالزوجات أم بغيرهن بدليل إطلاق القول فى قوله تعالى « فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة » (٢) .

الثانى — يرجع إلى إساءة الناس لهذا الحق بأن استرسلوا فى تعدد

---

(١) وقد أشير فى المذكرة الخاصة بذلك الى المراجع الآتية : منح الجليل ج ٢ ص ٢ ؛ وكشاف القناع ج ٣ ص ٣ ؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٤٠٣ ؛ وفتح القدير ج ٢ ص ٣٤٢ ؛ وشرح المنهاج ج ٥ ص ١٤٢ ، وحاشية الشبراملسى عليه .

(٢) يلاحظ أن تفسير العدل هنا يخالف ما نص عليه المفسرون مما سبق ذكره فقد قالوا ان المقصود به العدل بين الزوجات .

الزوجات مع عدم القدرة على إقامة حدود الله . وقد أدى إطلاق تعدد الزوجات الى كثير من المفاسد التى تحمل الحكومة أعباء ثقيلة بكثرة المتشردين ومن لا عائل لهم وبخصومات الزوجية وقطع أواصر القرابة والرحم (١) .

ولقد أثار هذا المشروع خلافا بين علماء الشريعة المعاصرين . فمنهم من اعترض عليه (٢) ، ومنهم من أقر الوزارة على رأيها الذى ضمنته المشروع ووافقوا على تقييد تعدد الزوجات بالقيد الذى تضمنه (٣) .

وقد تناول رد المعترضين مهاجمة المشروع من أساسه بالقول بعدم جواز إصدار مثل هذا القانون لأنه مما لا يدخل فى سلطة ولى الأمر طبقاً لأحكام الشريعة الاسلامية ، وذلك رداً على الأصول التى استخلصتها لجنة الحقانية التى وضعت المشروع من أقوال فقهاء الشريعة الاسلامية فى ذلك . والتى تتلخص فى أن لولى الأمر إقامة قوانين الدين والملة على وجه يجب اتباعه ، وله اتخاذ ما يراه من الطرق لاقامة قوانين الدين وحفظ الملة وان لم يرد نص بالطرق التى يتخذها ، وذلك هو المسمى بالسياسة الشرعية ، وأنه اذا أمر بمباح لمصلحة عامة وجبت طاعته ظاهرا وباطنا ، وأن له حق التعزير عن كل معصية لم يرد

---

(١) تراجع المذكرة الايضاحية للمشروع .

(٢) من هذا الفريق أصحاب الفضيلة الأستاذ الشيخ محمد بخيت المطيعى مفتى الديار المصرية سابقاً وقد كتب فى ذلك رسالة سماها « رفع الأغلاق عن مشروع الزواج والطلاق » ؛ والمشايخ محمود الدينارى ومحمد العنانى وحسين البيومى وقد طبعوا مذكرة بالرد على المشروع ؛ والشيخان محمد أبو الفضل شيخ الجامع الأزهر سابقا وعبد الرحمن قراعة مفتى الديار المصرية سابقاً وقد أرسلت الوزارة لهما المشروع ليبديا رأيهما فيه فكتبا فى ذلك مذكرة أرسلاها للوزارة ولم تطبع . وكلهم متفقون على رفض المشروع فيما يتعلق بتقييد تعدد الزوجات .

(٣) من هذا الفريق أصحاب الفضيلة الأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم بك وكيل كلية الحقوق فى مقال له نشر بمجلة كلية الحقوق س ٢ عدد ٤ ص ٣ وما بعدها ؛ والشيخان محمد عبد العزيز الخولى ومحمد أحمد العدوى فى مقال لهما نشر بمجلة القضاء الشرعى س ٤ ص ٣٢٧ و٣٩٢ وما بعدهما و س ٥ ص ٢ و ٧٤ و ١٣٠ وما بعدها ؛ والأستاذ الشيخ محمد مصطفى المراغى شيخ الجامع الأزهر فى مذكرة له غير مطبوعة .

فى العقوبة عليها حد يقدر بما يراه رادعا عن ارتكابها بغير الغرامة اتفاقا وبالغرامة المالية على رأى . وفضلا عن ذلك اعترضوا على مشروع تقييد تعدد الزوجات من حيث الموضوع بحسب أحكام الفقه على رأيهم .

فأما عن الموضوع الأول فلا تتعرض له لأنه متعلق بسياسة التشريع ويخرج عن الموضوع الذى نبحثه (١) .

وأما عن تقييد تعدد الزوجات فقد قالوا عنه « ان الأمر بجملته تأباه الشريعة الاسلامية وقواعدها أصولا وفروعا وتدفعه المصلحة العامة » (٢) ، وأنه « ليس من الحكمة ولا من المصلحة تقييد تعدد الزوجات ولا سبيل الى تبريره لا من الوجهة الشرعية ولا من الوجهة الاجتماعية » (٣) ، وأن الشريعة الاسلامية لم تقيد الزواج بواحدة ولا بأكثر من واحدة باذن قاض ولا باذن غيره ولا يجوز النهى عن سماع الدعاوى فيه ولا يوجد نصوص شرعية تدل على ذلك » (٤) .

وتتلخص الوجوه التى استندوا عليها فيما يأتى :

١ — انعقد الاجماع على ان النكاح متى استوفى ركنه وشرطه صح وترتبت عليه آثاره ، وأنه ليس من شرط النكاح ولا من ركنه عدم خوف العدل بين الزوجات ، وأنه اذا وقع مع خوف الجور كان صحيحاً تترتب عليه آثاره ، لأن النهى الضمنى عن التعدد عند خوف الجور والذى جاء فى قوله تعالى

(١) من أراد الالمام بتفصيل هذا البحث فليرجع الى مذكرة لجنة الحقانية المشتملة على مآخذ النصوص التى بنى عليها المشروع ؛ ورفع الأغلاق ص ١٠ وما بعدها ؛ ومذكرة المشايخ الدينارى والعنانى والبيومى فى الرد على المشروع ص ٤ الى ١٣ ؛ ومذكرة صاحبى الفضيلة الشيخين محمد أبى الفضل وعبد الرحمن قراعة السالف ذكرها ؛ ومقال الشيخين محمد عبد العزيز الخولى ومحمد أحمد العدوى بمجلة القضاء الشرعى س ٤ ص ٣٢٧ — ٣٣٧ .

(٢) مذكرة علماء الأزهر ص ١٣ .

(٣) مذكرة الشيخين أبى الفضل وقراعة .

(٤) رفع الأغلاق ص ٣٧ .

« فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة » ليس راجعا لذات التعدد باتفاق العلماء ، وقد قال الأصوليون ان النهى عن الشيء لغيره لا يقتضى فساد المنهى عنه ، فالعقد على ما فوق الواحدة صحيح تترتب عليه آثاره . وإن مسألة القيام بحقوق الزوجات أمر يرجع إلى الشخص نفسه لا إلى القاضى والحاكم ، لأنه مرتبط بالمستقبل وهو غيب محض لا اطلاع لأحد عليه ، سواء كان العدل هو القسم بين الزوجات فى المبيت أو هو التسوية فى النفقة (١) .

٢ — أبيح تعدد الزوجات تكثيراً للنسل الذى تدعو إلى إكثاره سنة الاجتماع ، فان من المفروض على العالم الاسلامى أن يكونوا عونا لأمامهم على حفظ بيضة الاسلام وصون بلاده من الاعتداء عليها ، وعلى الجملة جهاد كل من يعتدى على الاسلام وذويه ، ومن المعلوم أن الجهاد يذهب بكثير من النفوس المجاهدة ، فلابد من تعويض ذلك حتى توجد القوة الكافية للدفاع عن البلاد الاسلامية فى كل وقت من الأوقات ، وفى الاستكثار من عدد الزوجات ضمان لهذا التعويض ، فضلا عن أن سنة البقاء قاضية بكثرة الرجال العاملين ما بين زارع وصانع وتاجر وما إلى ذلك .

وقد شرع تعدد الزوجات أيضا قضاء لشهوة الانسان التى قلما يقدر على كبح جماحها لئلا يقع فى خطر الزنا ، ومن الناس من لا تعفه الزوجة الواحدة ، فأبيح له التزوج بأكثر من واحدة خوف الوقوع فى الزنا ، ومضار الزنا أشد من مضار تعدد الزوجات (٢) .

٣ — ان ما قاله واضعو المشروع من أن الزواج عند العجز عن النفقة محرم غير صحيح . وذكروا نصوصا من بعض كتب الفقه للدلالة على أن

(١) مذكرة علماء الأزهر ص ١٤ و١٥ ؛ ومذكرة الشيخين أبى الفضل وقراعة .

(٢) مذكرة علماء الأزهر ص ١٥ و١٦ ؛ ومذكرة الشيخين أبى الفضل وقراعة ؛ ورفع الأغلاق ص ٢٩ .

للرجل أن يتزوج وإن كان فقيرا عاجزا عن الانفاق [١] .

وأما محبذو المشروع فقد ردوا على هذه الاعتراضات بما ملخصه :

١ — ليس صحيحا ما ادعاه معارضو المشروع من أن الاجماع قد انعقد على أن عدم خوف الجور ليس شرطا فى صحة النكاح ؛ ذلك أن الأصل الذى نقلوه عن الأصوليين وهو أن النهى عن الشىء لغيره لا يقتضى فساد المنهى عنه لم يتفق عليه علماء الأصول ، وان منهم من يرى أن النهى عن الشىء ولو لغيره يدل على فساد المنهى عنه كالنهى عن البيع عند النداء لصلاة الجمعة ، وممن قال بذلك الامامان مالك وأحمد فى إحدى الروايتين عنه ، والتطبيق على هذا الأصل يقضى بأن يكون عدم خوف الجور شرطاً فى صحة العقد الثانى ، والعقد بدونه باطل محرم [٢] .

(١) تراجع هذه الأقوال فى مذكرة الشيخين أبى الفضل وقراعة ؛ ومذكرة علماء الأزهر ص ١٧ وما بعدها ؛ ورفع الأغلاق ص ٦٥ وما بعدها .

(٢) مقال الشيخين محمد عبد العزيز الخولى ومحمد أحمد العدوى بمجلة القضاء الشرعى س ٤ ص ٣٩٣ و٣٩٤ ؛ وبراجع الأحكام فى أصول الأحكام للآمدى جـ ٢ ص ٢٧٨ وقد أشارا اليه . على أننا نلاحظ انه وان كان الرأى الراجح هو أن النهى عن الشىء لا يقتضى فساده إذا كان من الهيئات الشرعية وكان النهى لسبب خارج عن المنهى عنه كالنهى عن البيع وقت النداء للجمعة بقوله تعالى « يأيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون » (سورة الجمعة آية رقم ٩) ، فان النهى عن البيع هنا لم يكن لسبب متعلق بالبيع الذى هو هيئة شرعية تتم بمجرد توفر أركانها وانما كان لسبب آخر وهو التفرغ لصلاة الجمعة وعدم الاشتغال بغيرها . نقول ان كان الأمر كذلك فان هذا الحكم لا ينطبق على حالة النهى عن التزوج بأكثر من واحدة إذا خيف الجور ، لأن النهى هنا لم يكن لسبب خارج عن الزواج وانما كان لأن الزواج بأكثر من واحدة مع عدم العدل بين الزوجات يفوت المقاصد المرجوة من النكاح وما فرض العدل بينهن إلا تحقيقاً لهذه المصالح ، والنكاح الذى يفوت المقاصد المرجوة منه أو كثيراً منها لا يكون هو الزواج الكامل الذى يقصده الشرع ، وعلى ذلك يكون النهى عن الزواج هنا لسبب متعلق بذات الزواج ، والرأى المختار هو أن النهى عن الشىء لعينه يقتضى فساده من جهة المعنى بمعنى انتفاء أحكامه وثمراته المقصودة منه وخروجه عن كونه سبباً مفيداً لها . يراجع الأحكام فى أصول الأحكام للآمدى جـ ٢ ص ٢٧٦ وما بعدها .

وأما القول بأن مسألة القيام بحقوق الزوجية أمر يرجع الى الشخص نفسه لا إلى القاضى والحاكم لارتباطه بالمستقبل وهو غيب محض لا اطلاع لأحد عليه فمردود بأن الرجل اذا أساء استعمال حقه فان لولى الأمر أن يحول بينه وبين حقه الذى استخدمه بطريق لا يتفق والمصلحة بما له من ولاية سد الذرائع اتقاء للضرر قبل وقوعه. وعلى هذا الأساس شرع الحجر على السفيه المبذر. وفضلا عن ذلك فان قولهم هذا مردود بأن الكفاءة فى الزواج معتبرة وهى متعلقة بالمستقبل الذى هو غيب محض [1].

٢ — لا يصح الاستدلال بقولهم ان من الناس من لا تكفيه الزوجة الواحدة فهو يطلب المزيد والا وقع فى الزنا؛ ذلك لأن هذا الاستدلال يدفعه ما قد يدعيه البعض من أنه لا يكتفى بأربع فكيف يكون الحال؟ فالأولى أن يترك هذا النوع من الجدل، وليتمحص الكلام فى النظر الى ما هو الصالح والأصلح للناس فيما للاجتهاد مجال فيه، ولا ينبغى للشريعة التى أسست على دعائم العقل ونيطت أحكامها بمصالح الناس أن يضيق صدرها عما تقضى به المصلحة المبنية على الواقع لا على الأهواء [2].

على أننا نعارض من يقول بأن تعدد الزوجات شرع لقضاء شهوة الانسان، ونقول ان مسألة الشهوة الجنسية لم يكن لها أى اعتبار فى إباحة التزوج بأكثر من واحدة، وليس أدل على ذلك مما قاله الامام السرخسى بمناسبة الكلام على تعدد زوجات النبى عليه الصلاة والسلام فقد قال «لا يجوز أن يقال إنما فعل ذلك لأن نفسه كانت تواقة الى النساء فان هذا المعنى يرتفع بالمرأة الواحدة» الى أن قال «وليس المقصود بهذا العقد (أى عقد الزواج) قضاء

(١) تراجع مجلة القضاء الشرعى المرجع السابق ص ٣٩٤ و٣٩٥؛ ومقال الشيخ أحمد ابراهيم بك السابق الاشارة اليه بمجلة كلية الحقوق س ٢ عدد ٤ ص ١٧ و١٨.

(٢) مقال الشيخ أحمد ابراهيم بك السابق الاشارة اليه ص ١٨ و١٩.

الشهوة إنما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة » [١]. وفضلا عن ذلك فان حكم الشريعة الاسلامية فى الزانى غير المحصن الجلد وفى المحصن الرجم ، ومن شرائط الأحصان التزوج فلم يتم للمتزوج عذر وأقيم العذر لغير المتزوج فجعل حده الجلد لا الرجم [٢] . ولم يشترط للرجم أن يكون الزانى متزوجاً بأكثر من واحدة ، وهذا يدل على أن فقهاء الشريعة الاسلامية لم يتجه نظرهم الى أن زوجة واحدة قد لا تكفى بعض الناس والإ لاشترطوا التزوج بأربع لهذا الاحتمال ، خصوصاً اذا لوحظ ما يضعه الفقهاء من القيود الثقيلة لتوقيع حد الزنا .

وأما ما قيل من أن تعدد الزوجات شرع تكثيراً للنسل فصحيح ، الا أن اباحة التعدد مع قيام هذا الداعى مقيدة بعدم الجور . وسيأتى إيضاح هذا القول .

٣ — أما النصوص التى أوردها معارضو تقييد التعـدد من كتب الفقه فليس فيها نص واحد صريح فى موضوع النزاع وهو جواز التزوج بامرأة ثانية مع العجز عن النفقة ، والظاهر أنها سيقت فى كتب الفقه لبيان حكم الزواج المقابل للعزوبة [٣] . ولقد أشرنا لهذه النصوص بعينها عند التكلم على صفة النكاح فى أول الكلام عن حق التزوج .

ويقول محبذو المشروع ان ما جعله هذا المشروع للقاضى من حق التقدير فى أمر القدرة على الانفاق ومظنة حسن المعاشرة ميسور للقضاء ؛ فان القدرة على الانفاق أمر مادى صرف يسهل على القاضى تقديره ، والقاضى يقدر الآن

---

(١) المبسوط جـ ٤ ص ١٩٤ .

(٢) مذكرة الشيخ محمد مصطفى المراغى . ويراجع فى شروط الاحصان بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٧٤ .

(٣) مقال الشيخين محمد عبد العزيز الخولى ومحمد أحمد العدوى بمجلة القضاء الشرعى السابق الاشارة اليه ص ٣٩٨ ؛ ومذكرة الشيخ محمد مصطفى المراغى .

النفقات بعد معرفة حال الأشخاص من يسر وعسر ويفرض على كل شخص ما يلائم حاله ، فليس بعسير عليه أن يعرف حال مريدى تعدد الزوجات بنفس الطرق التى يعرف بها حالهم فى تقدير النفقات . وأما الأمر الثانى فقد يظهر لأول وهلة صعوبة تدخل القاضى فى تقديره وتعذر الوسائل التى تمكنه من التقدير ، ولكننا اذا رجعنا الى قواعد الفقه وعلمنا أن القاضى الى وقت قريب ما كان يقبل الشهادة للقضاء بها الا بعد أن يطمئن الى عدالة الشهود بتزكية سرية وتزكية علنية أمكن لنا أن ندخل القاضى فى تقدير أحوال الناس فى العدل والجور ، فهو يستطيع أن يبحث عن أخلاق الأشخاص فى معاملاتهم لأهلهم واخوانهم وفى مقدار تمسكهم بدينهم واحترامهم له وللعادات الملائمة للدين ، فان ظهر له من أحوالهم ما يجعلهم مظنة العدل والوفاء أباح لهم التعدد ، وان ظهر له أنهم مظنة الجور والظلم منعهم من التعدد . ومبنى الأحكام الفقهية أكثرها ظنون الفقهاء ، وظن المجتهد حكم يجب العمل به ، ومبنى الأحكام القضائية فى أكثرها ظنون القضاة (١) .

* * *

والذى نراه هو أن كل هذا الخلاف مرجعه الى القول بأن تعدد الزوجات حق لكل مسلم ، وهو أمر اتفقوا عليه تبعا لتفسير آية التعدد المتقدم ذكرها على الوجوه التى أشرنا اليها ، وقد ظهر الخلاف عند البحث فى تقييد هذا الحق فقط لا فى أساس وجوده كما مر بنا ، ولذلك كان اتجاه المشرع فى مشروع تقييد التعدد الى منعه عند عدم القدرة على الانفاق ومظنة سوء المعاشرة ولم يتجه الى تعليقه على قيام مبرر يدعو اليه . والرأى الأصح هو أن يقال بأن التعدد ليس حقا ابتداء وانما هو حق معلق على قيام سبب يدعو اليه . فاذا وجد هذا السبب أبيح التعدد بالقدر الذى يستدعيه الى الأربع ، واذا لم يوجد سبب

(١) من مذكرة فضيلة الأستاذ محمد مصطفى المراغي .

يدعو للتعدد فلا يوجد هذا الحق ويكون التزوج بواحدة فقط . وهذا القول لا يتعارض مع الآية الكريمة « وان خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع . . . » بل انه نتيجة التفسير الصحيح لها على ما نرى ولبيان ذلك نقول .

الجهاد فرض على كل مسلم ، وقد بدأ المسلمون أقلية مجاهدة فكان الجهاد يذهب بالكثير منهم فيقل الرجال عن النساء وتكثر الأرامل واليتامى ، ونتيجة ذلك أن تكثر النساء اللاتى لا عائل لهن واليتامى الذين هم فى حاجة الى من يلى أمرهم ويحافظ على أموالهم . وترك كثير من النساء بغير عائل مسبب لمفاسد جمة ، كما أن القيام على اليتيم أساسه فى الشريعة رعاية مصلحته لا مصلحة الولى أو القيم عليه وهذا الأخير مأمور بحكم الشرع بمراعاة ذلك ، ولكن طبيعة البشر فى كل زمان ومكان نزاعة الى تجاوز الحدود المشروعة تواقة الى تذوق ما منعت عنه ، ومظهر ذلك تعدى كثير من الأولياء والقوام على أموال اليتامى الذين هم فى كنفهم ، وفى ذلك مفسدة كبيرة أيضاً . ولقد رأى الشارع الحكيم أن منع المفاسد المترتبة على وجود نساء لا عائل لهن ويتامى يخشى على أموالهم من أوليائهم — رأى أن منع هذه المفاسد سبيله إباحة التزوج بأكثر من واحدة الى أربع ، فيقل الأيامى من النساء عموماً ، ويؤدى تزوج الأولياء بمن فى ولايتهم من النساء اليتامى الى أن يصبحوا أكثر خوفاً على أموالهن وأرغب فى رعاية مصالحهن ، كما تكون النساء أكثر تسامحا فى أموالهن بالنسبة لأزواجهن ، بخلاف ما لو كانوا مجرد أولياء . وهذا المعنى هو ظاهر المقصود من آية التعدد ، ويزيده وضوحا ما سبقها من الآيات ؛ فقد قال تعالى « يا أيها الناس اتقوا ربكم الذى خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيراً ونساء واتقوا الله الذى تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيباً . وآتوا اليتامى أموالهم ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب ولا

تأكلوا أموالهم إلا أموالكم انه كان حوبا كبيراً . وإن خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ماملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا » [١] .

فآية التعدد وردت فى سياق الكلام على اليتامى بعد أن مهد الله للعناية بهم فى الآية الأولى ، فذكر أننا من جنس واحد وأن هذا داع إلى الوحدة ، ثم ذكرنا بالأرحام وصلتها ، وكل ذلك ليفهمنا أن اليتامى من الأمة وأن ضعفهم وإذلالهم ضعف وإذلال للأمة ، فيجب أن يكبروا على عزة ، وأن تكون أموالهم محفوظة ليشعروا بأن موت آبائهم فى الحرب والجهاد لم يكن سببا فى ضياعهم وإذلالهم [٢] . ويأتى بعد ذلك الأمر بعدم أكل أموال اليتامى ووجوب دفعها اليهم كما هى « وآتوا اليتامى أموالهم ... الخ » . وبعد ذلك مباشرة يقول تعالى «وإن خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » ، وهذه الآية معطوفة على ما قبلها مباشرة ، فيجب أن يرتبط تفسيرها بها ، فيكون معنى الآية أن الله يقول إن خفتم أن تقصروا فى شأن اليتامى وتأدية حقوقهم فتزوجوا منهم من واحدة إلى أربع ولا تتركوهم ، ويكون المراد بقوله «من النساء» يتامى النساء لأن اليتامى رجال ونساء [٣] . ومما يؤيد أن المقصود بالنساء فى آية التعدد يتامى النساء قوله تعالى فى السورة نفسها « ويستفتونك فى النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم فى الكتاب فى يتامى النساء اللاتى لا تؤتوهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكحوهن .. » [٤]، فان الذى يتلى علينا فى الكتاب فى يتامى النساء هو ما ذكر فى آية التعدد المتقدمة ، وأما قوله «وترغبون أن تنكحوهن » فان كان معناه وترغبون فى

---

(١) سورة النساء الآيات رقم ١ و٢ و٣ .

(٢) رسالة الشيخ محمد أبى زيد فى الزواج والطلاق المدنى فى القرآن ص ٢٣ .

(٣) يراجع فى ذلك ماسبق من وجه تأويل الآية ، رسالة الشيخ أبى زيد ص ٢١ — ٢٤ .

(٤) سورة النساء الآية رقم ١٢٧ .

نكاحهن فيكون الله قد وافقهم على رغبتهم فى هذا الزواج لأنها رغبة فيها مصلحة، وإن كان المغنى وترغبون عن نكاحهن فالله يعاتبهم بذلك كأنه يقول لهم إن كنتم لا تؤتوهن حقوقهن ولا تتزوجوهن فأين يذهبن [١].

وتأويل آية التعدد على هذا الوجه يدل على أن الأصل فى الشريعة الاسلامية هو التزوج بامرأة واحدة والاقتصار عليها، وأن التعدد لا يباح إلا لضرورة تدعوا اليه، فاذا وجدت هذه الضرورة أبيح التعدد بالقدر الذى ترتفع به بشرط ألا يزيد عدد الزوجات على أربع وهو نهاية العدد المشروع، وإلا فلا تعدد ويبقى الحق على أصله فى التزوج بواحدة فقط. وتقدير الضرورة المبيحة للتعدد مرجعه إلى جماعة الأمة ممثلة فى السلطة التى تلى أمر التشريع مع مراعاة ظروف الزمان والمكان، ولا تتقيد الضرورة بوجه مخصوص، فان الوجه الذى وردت فيه الآية ليس هو الوجه الوحيد، وإنما جاءت الآية بذلك لمناسبة الواقع وقت نزولها لا لتحديد الضرورة بهذا الوجه فقط [٢]. ومن أمثلة الضرورات التى تبيح التعدد زيادة النساء على الرجال زيادة ظاهرة فى أماكن خاصة أو فى أزمنة معينة كما يحدث عقب الحروب، أو كون المرأة تعتبر فى مكان معين من عوامل الانتاج ونمو الثروة بشخصها وبما تنسله، وما إلى ذلك من أوجه الضرورة التى تقدر على أساس مصلحة الجماعة ولا تترك لرغبات الأفراد وشهواتهم.

ومما يؤيد تفسير آية التعدد بالكيفية المتقدمة، والتى تجعل التعدد استثناء لا يباح إلا لضرورة، أن الأصل فى الفروج هو الحرمة، والاباحة بدليل، فاذا تعارض دليل الحل والحرمة تدافعا يجب العمل بالأصل [٣]. ويقتضى ذلك تفسير النص الذى يحل التزوج بأكثر من واحدة تفسيرا ضيقا. وفضلا

(١) رسالة الشيخ محمد أبى زيد ص ٢٤ و ٢٥.
(٢) تراجع رسالة محمد أبى زيد ص ٢٦.
(٣) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٦٤.

عن ذلك فان تعدد الزوجات مؤد إلى مفاسد فى الأسرة لا يمكن إنكارها ولم ينكرها أحد ، فلا تجوز إباحته إلا إذا كانت هذه الاباحة لدفع ضرر أشد ، وذلك من قبيل تحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد ، فلا يباح التعدد إذا لم يكن لدفع ضرر أشد مما ينجم عنه من مضار ، وإلا صار ألعوبة فى أيدى الأفراد يعبثون به حسب أهوائهم . وآية ذلك ماشوهد من مظاهر الاساءة فى التزوج بأكثر من واحدة ، مما دعا المشرع والمصلحين من العلماء الى السعى فى تقييده على ما تقدم .

والقول بأن حق التزوج مقصور على واحدة ولا يباح التعدد إلا استثناء لضرورة ليس غريبا عن تفكير بعض المفسرين الذين يرون أن التعدد حق ، فقد اتخذ له سبيلا فى أقوالهم . ومن ذلك ما قاله الأستاذ الشيخ رشيد رضا فى تلخيص القول فى تعدد الزوجات — وهو من يرون أن التعدد حق على ما مرّبنا — فقد قال ما نصه «وجمله القول أن التعدد خلاف الأصل وخلاف الكمال وينافى سكون النفس والمودة والرحمة التى هى أركان الحياة الزوجية لا فرق بين زواج من لم يفهمـا وبين ازدواج العجماوات ونزوان بعضها على بعض . فلا ينبغى للمسلم أن يقدم على ذلك إلا لضرورة مع الثقـة بما اشترط الله سبحانه فيه من العدل ومرتبة العـدل دون مرتبة سكون النفس والمودة والرحمة وليس وراءه إلا ظلم المرء لنفسه وامرأته وولده وأمته والله لا يحب الظالمين » [1] .

ولو أن تأويل الآية على هذا الوجه الأخير رجح لمـا تهيأت الفرصة للأفراد للاساءة فى حق التزوج كما تقدم القول ، ولكنى المشرع نفسه مؤونة البحث وراء أسانيد من كتب الفقه تبرر تدخله فى تقييد التعدد ، مما اضطر واضعى مشروع تقييد تعدد الزوجات إلى الاستناد على نصوص ذكرها فقهاء

(١) تفسير المنار ج ٤ ص ٣٧٠ .

الشريعة الاسلامية عند التكلم فى حق التزوج عموما وليس فى تعدد الزوجات. ولوكان الأساس الذى بنى عليه مشروع تقييد تعدد الزوجات هو أن الأصل الاقتصار على زوجة واحدة، وأن التعدد استثناء يباح لضرورة، لتغير الموقف. لان تقدير الضرورة المبيحة للاستثناء من اختصاص سلطة التشريع كما تقدم.

ورب معترض يقول ان الصحابة فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وبعد موته كانوا يتزوجون بأكثر من امرأة واحدة معاً، وكذلك كان يفعل المسلمون بعدهم، ولم ينازع أحد فى أن تعدد الزوجات حق وليس استثناء. ونقول ان الاستدلال بعمل الصحابة فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم لا ينقض ما نقول به من أن حق التزوج مقصور على واحدة فى الأصل، وأن التعدد استثناء؛ وذلك لأن حكمة هذا الاستثناء كانت قائمة فى عصرهم، ومن أجلها نزلت الآية الشريفة، وكتب التاريخ تفيض بذكر غزوات المسلمين فى أول عهد الاسلام وماذهب فيها من رجال خلفوا وراءهم أرامل وأيتاما. وأما ماجرى عليه المسلمون بعد ذلك فمرجعه إلى ما فهمه الفقهاء من الآية الكريمة من وجوه التأويل التى أشرنا اليها فى أول البحث. وقد آن لنا أن نعمل بالتأويل الذى يحقق المصالح ويدرأ المفاسد على ما مرّ.

على أن تحقق الحكمة الداعية لتعدد الزوجات ليس هو المسوغ الوحيد لاباحة التعدد، فان هذا الحق إذا قام سببه يتقيد بقيدين أحدهما يرجع لقوله تعالى فى نفس آية التعدد «فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة»، ومعنى ذلك أن تعدد الزوجات يكون عند الضرورة التى تجعل تعددهن أقل ضرراً من تركهن، بشرط أن يضمن العدل بينهن. أما إذا لم يضمن العدل بأن خفنا الميل فيكون ترك التعدد أقل ضررا من التعدد لأن الميل مفسد لنظام الأسرة ولذا قال تعالى بعد ذلك مباشرة «ذلك أدنى ألا تعولوا» أى أن الاقتصار على واحدة أقرب إلى السلامة من خطر الميل والجور الذى ينتج الفساد

والخراب[١]. وظاهر أن هذا تطبيق لأحد الوجوه التى تتقيد بها الحقوق فى الشريعةالاسلامية عموما وهو عدم ترتب ضرر على استعمالها .

وأما القيد الثانى فيرجع إلى الوجه الآخر الذى تتقيد به الحقـوق فى الشريعة الأسلامية ، وهو وجوب موافقة قصـد صاحب الحق من استعماله للحكمة التى من أجلهـا شرع هذا الحق . فيجب أن يكون التزوج بأكثر من واحدة غير متعارض مع الحكمة التى دعت الى إباحة تعدد الزوجات .

ومن ذلك يتبين أن حق التزوج بأكثر من واحدة يتقيد هو أيضاً بما تتقيد به الحقوق فى الشريعة الاسـلامية على ما تقدم . وأما مراعاة هذين القيدين اللذين يتقيد بهما حق التزوج بأكثر من واحدة فيجب أن لا يترك للأفراد ، وإلا أغفلوه ، وإنمايجب أن يجعل تحت رقابة القضاء كما جاء فى مشروع تقييد تعدد الزوجات السابق الكلام عنه ، بحيث يكون للقاضى أن يقدر كل حالة بالنسبة للشخص طالب التزوج بأكثر من واحدة ، فيأذن عند مظنة مراعاة القيدين السابقين ، ويرفض الأذن فى غير ذلك .

---

(١) رسالة الشيخ محمد أبى زيد ص ٢٥ — وأما قوله تعالى « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم » فمقصود به العدل فى ميل القلب كما تقدم .

الفصل الثالث

فى حق التزويج

الأصل فى الشريعة الاسلامية هو أن رضاء كل من الرجل والمرأة معتبر فى الزواج، فلا ينعقد النكاح إلا برضاء الزوجين، ولو كان العاقد غيرهما[1]. إلا أنه استثناء من هذا الأصل قرر فقهاء الشريعة أن لبعض الأشخاص ولاية تزويج غيرهم من غير اعتبار لارادة هذا الغير، وهو مايعبرون عنه بحق الجبر، على خلاف بين المذاهب فيمن له هذا الحق وفى مواجهة من يملكه .

ولهذه الولاية المفروضة مظهران : أحدهما إيجابى، وهو حق الجبر الذى أشرنا اليه، والمظهر الآخر سلبي، وهو امتناع الولى عن تزويج من فى ولايته بغير مسوغ، وهو ما يعبرون عنه بعضل الولى . ولنتكلم عن كل من هذين المظهرين .

ا — حق الجبر

أساس هذا الحق متفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة، إلا أنهم اختلفوا فيمن يجوز إجباره، ومن له ولاية الاجبار . فأما من يجوز إجباره فقد اتفقوا على جواز إجبار الصغير وكذلك الصغيرة البكر ومن يلحق بهما من الكبار غير المكلفين[2]. وأما البكر البالغة فيرى الأئمة مالك والشافعى وأحمد جواز

(١) كما لو كان ولى المرأة على قول الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد، اذ يرون أن المرأة لا تلى عقدة النكاح بل لا بد من أن يعقده عنها ولى . يراجع بداية المجتهد ج ٢ ص ٧ وما بعدها؛ وكشاف القناع ج ٣ ص٢٦ وما بعدها .

(٢) فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٣ (٣ جمادى الأولى سنة ١٣٤٢) صدر القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ باضافة فقرة على المادة ١٠١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المعدلة بالقانون

إجبارها . ويرى الامام أبو حنيفة أنه ليس لأحد ولاية إجبارها، ووافقه مالك فى البكر المعنسة على أحد القولين عنه ، وكذلك فيمن رشّدت(١) . وأما

رقم ٣١ لسنة ١٩١٠ نصها « ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة وسن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة وقت العقد الا بأمر منا » ، واضافة فقرة ثانية على المادة ٣٦٦ من اللائحة ونصها « ولا يجوز مباشرة عقد الزواج والمصادقة على زواج مسند الى ما قبل العمل بهذا القانون ما لم تكن سن الزوجة ست عشرة سنة وسن الزوج ثمانى عشرة سنة وقت العقد » .

وهذا القانون يمنع المحاكم من سماع دعوى الزوجية الا اذا استوفت الشروط المذكورة فيه من حيث السن ، كما يمنع مباشرة عقد الزواج والمصادقة عليه كذلك . الا أنه لم يمنع الأولياء من تزويج من فى ولايتهم من الصغار ، فتزويج الصغار جائز وتترتب عليه أحكامه ، ولكن لو رفع أمر هذا الزواج الى القضاء فانه يرفض سماعه الا بأمر من ولى الأمر . وكذلك الحال فى كتابة العقد فى دفاتر المحاكم الشرعيـة — يراجع كتاب الأستاذ أحمد ابراهيم بك ص ٦٨ و٦٩ بالهامش . هذا ما كان عليه العمل حتى سـنة ١٩٣١ ، وفى هذه السنة صدر المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة جديدة بترتيب المحاكم الشرعية حلت محل اللائحة القديمة ، وقد نص فى المادة ٩٩ فقرة (٥) من اللائحة الجديدة على أنه « لا تسمع دعوى الزوجية اذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثمـانى عشرة سنة إلا بأمر منا » . ونص فى المـادة ٣٦٧ فقرة (٢) على أنه « لا يجوز مباشرة عقد الزواج ولا المصادقة على زواج مسند إلى ما قبل العمل بهذا القانون ما لم تكن سن الزوجة ست عشرة سنة وسن الزوج ثمانى عشرة سنة وقت العقد » . وظاهر من ذلك أن المنع من سماع دعوى الزوجية يقتصر على حالة واحدة ، وهى ما اذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة ، وكانت قبل ذلك لاتسمع اذا كانت سن الزوجين أوسن أحدهما وقت العقد أقل من السن المحددة بغض النظر عن سنهما وقت رفع الدعوي . والحـكمة فى هذا التعديل كما قالت المذكرة الايضاحية هى ما رئى من التيسير على الناس وصيانة الحقوق واحترام اثار الزوجية . وفى هذاما يدل على أن تزويج الصغار لا يزال جائزاً فى اعتبار المشرع .

الا أنه يلاحظ أن الشعور العام والعادات الحديثة تنفر من التزويج فى هذه السن المبكرة ، ويكاد يكون العرف قد استقر على أن لا يحصل الزواج الا بعد السن المحددة فى القانون . ومن أجل ذلك رأينا الاقتصار على ذكر القواعد العامة فى حق التزويج ، وتركنا التفصيلات لعدم الحاجة اليها .

(١) أى من رشدها أبوها بقوله لها بحضرة عدلين رشدتك ورفعت الحجر عنك أو أنت مرشدة أو أطلقت يدك فى التصرف أو نحو ذلك بعد ثبوت رشدها عنده بالتجربة المتكررة وهى بالغة — منح الجليل ج ٢ ص ١٥ .

الثيب البالغة فقد اتفقوا على عدم جواز إجبارها ، وفى الثيب غير البالغة خلاف ، فأبو حنيفة ومالك وأحمد يقولون بجواز إجبارها، والشافعى يرى أنها لاتزوج إلا برضاها ، ولما كان رضاها لا يعتبر مادامت غير بالغة فلا تزوج حتى تبلغ [1] .

وأما من له ولاية التزويج ففيه خلاف أيضاً . فعلى مذهب أبى حنيفة تثبت ولاية التزويج للعصبات النسبية ثم للعصبات السببية ثم لذوى السهام وأولى الأرحام ثم لمولى الموالاة ثم للسلطان والقاضى الذى كتب له ذلك فى منشوره ؛ وفى رواية أخرى عن أبى حنيفة وقد أخذ بها الامامان محمد وأبو يوسف على المشهور تقتصر الولاية على العصبات وبعدهم السلطان والقاضى. وأما الامام الشافعى فيرى أن الولاية للأب وبعده للجد . والامامان مالك وأحمد يقصران الولاية على الأب فقط [2] .

---

(١) يراجع فيما تقدم وفى الأساس الفقهى للخلاف : بداية المجتهد جـ ٢ ص٤ ومابعدها ؛ والزيلعى جـ ٢ ص ١١٨ وما بعدها ؛ والبحر جـ ٣ ص ١١٨ وما بعدها ؛ وفتح القدير جـ ٢ ص ٣٩٥ وما بعدها ؛ ومنح الجليل جـ ٢ ص ١٤ وما بعدها ؛ ونهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٧٤ وما بعدها ؛ ورحمة الأمة جـ ٢ ص ٦٨ ؛ وزاد المعاد جـ٢ ص ٢٠٨ و ٢٠٩ ؛ وكشاف القناع جـ ٣ ص ٢٣ وما بعدها .

وليس حق الجبر مسلما على اطلاقه من الوجهة الفقهية ، فقد اعترض عليه بعض الفقهاء ، وليس هنا مجال التعرض لذلك . ويراجع فى زاد المعاد المرجع السابق ؛ واعلام الموقعين جـ١ ص٢٦٩ ؛ وكتاب الأستاذ أحمد ابراهيم بك ص ٧٣ و٧٤ هامش رقم ١ .

(٢) تراجع المراجع السابقة وكتاب الأستاذ أحمد ابراهيم بك بند ١١٩ هامش رقم ١ ص ٧٥ و٧٦ . وقد ذكر أن مشروع تعديل قانون الأحوال الشخصية فى سنة ١٩١٧ أخذ فيه بمذهب الامام الشافعى فى ذلك فنص فى المادة ٢٤ من الطبعة الثانية من التعديل على ما يأتى: —

« للأب والجد عند عدم وجود الأب أو فقدان ولايته دون غيرهما ولاية زواج غير المكافين على الشروط الآتية :

(أولا) ان كانت الزوجة صغيرة يشترط فى الزوج أن يكون كفئا وألا يلحق الزوجة ضرر من معاشرته .

(ثانيا) ان كان الزوج صغيراً أن يكون عاقلا فان كان بالغا مجنونا أن تظهر حاجته الى الزواج وألا يزوج الا واحدة ولا يصح للصغير المميز أو الصغيرة المميزة أن يزوج نفسه ولو باذن وليه » ، يراجع المرجع السابق .

وأساس ولاية الاجبار هو النظر فى مصلحة الصغير والصغيرة ومن فى حكمهما ، سعيا فى تحقيق المصلحة لهم ودرء المفسدة عنهم . وهى لم تشرع لغير مصلحتهم ، فليس للولى أن يستعملها لغير الغرض الأصلى من تشريعها ، كأن يستعملها لمصلحته الخاصة. وبهذين القيدين يتقيد حق الإجبار ، وهو فى ذلك كغيره من الحقوق على ما تقدم ، من حيث تقييد الحق بألا ينتج عن استعماله ضرر ، ووجوب استعماله لتحقيق الغرض الذى من أجله شرع .

* * *

القيد الأول : يجب أن يكون الاجبار محققا لمصلحة المجبَر وغير ملحق به ضرراً [١] .

لما كان أساس الاجبار هو النظر فى مصلحة المجبَر فقد نص الفقهاء على أنه لايجوز استعمال هذا الحق إذا لم يكن للمجبَر مصلحة فى ذلك ، وبهذا صرح الامام الشافعى رضى الله عنه بقوله « يجوز أمر الأب على البكر فى النكاح إذا كان النكاح حظا لها أو غير نقص عليها ولا يجوز إذا كان نقصا لها أو ضررا عليها » . [٢] وتطبيقا على هذا الاصل نصوا على أنه لا يزوج المجنون الصغير إذ لا حاجة اليه حالا وبعد البلوغ لايدرى حاله ، وكذلك لا يزوج مجنون كبير الا لحاجة للنكاح حاصلة حالا [٣] . ويتقيد استعمال هذا الحق إذا قام داعيه بالقدر الذى يكفى لتحقيق المصلحة المقصودة ، وعلى هذا الأساس نصوا على أنه إذا زوج الأب ابنه الصغير فانه يزوجه بامرأة واحدة لحصول الغرض بها ، وليس فى تزويجه بأكثر من واحدة مصلحة له [٤] .

(١) بدائع الصنائع جـ ٢ ص ٢٤٥ .
(٢) الأم جـ ٥ ص ١٦ .
(٣) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٩٩ .
(٤) كشاف القناع جـ ٣ ص ٢٣ . وتراجع المادة ٢٤ من مشروع تعديل قانون الأحوال الشخصية فى سنة ١٩١٧ حيث أخذ بالأحكام المتقدمة فى تقييد حق الاجبار . كتاب الأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم بك ص ٧٥ بالهامش .

ويتقيد حق الولى فى اجبار من فى ولايته على الزواج بوجوب أن يكون الزواج من كفء [١]. وألا يكون من امرأة فى زواجها ضرر عليه (فى حالة تزويج الصغير ومن فى حكمه)، أو من رجل تتضرر من معاشرته (فى حالة تزويج الصغيرة ومن فى حكمها) [٢].

ويتبين من أقوال الفقهاء فى ذلك أن مايقيدون به حق الولى ليس خاصا بتزويج الصغار فقط، بل انه يرجع لأحكام تراعى أيضا فى زواج غير المجبرين [٣]؛ ذلك أنهم يشترطون الكفاءة وهى معتبرة فى نكاح غير المجبرين كما تقدم فى موضعه، وأما ما قالوه من أن الولى لا يجوز له أن يزوج من فى ولايته بمن يتضرر من معاشرته فقد فسروا المقصود من ذلك بألا يكون فى الزوج أو الزوجة (حسب الأحوال) عيب مما يبيح خيار الفسخ لو كان المزوَّج مالكا أمر نفسه [٤]. وفيما عدا الكفاءة والخلو من العيوب قالوا ان للولى أن يزوج المجبَرة ولو بمن تكره، ولكن يكره له ذلك [٥]، وقد اختلفوا فيما إذا عينت المجبَرة كفئا وأراد الأب أو الجد المجبِر كفئا غيره، فقال البعض ان العبرة بتعيين الأب أو الجد لأنه أكمل نظرا منها، وقال البعض الآخر انه يلزمه اجابتها اعفافا لها [٦]. وهذا القول الأخير هو المعمول به فى مذهب

(١) ويلاحظ أن الكفاءة هنا ليست مقصورة على زوج الصغيرة وانما تشترط أيضا فى زوجة الصغير وهذا خلاف القاعدة التى تقدمت عند الكلام على الكفاءة والقاضية بأن الكفاءة تعتبر فى الأزواج وليس فى الزوجات. يراجع كتاب الشيخ أحمد ابراهيم بك بند ١٣٦ وهامشه وبند ١٥٧ والهامش رقم ١ ص ٩٨ و ٩٩ — والظاهر أن هذا الاستثناء دعا اليه الاحتياط فى صيانة حق الصغير.

(٢) يراجع فى ذلك الأم جـ ٥ ص ١٦؛ والاقناع وحاشية البيجرمى عليه جـ ٣ ص ٣٧١.

(٣) وهذا فيما عدا اشتراط الكفاءة فى زوجة الصغير.

(٤) يراجع فى ذلك الأم جـ ٥ ص ١٦؛ ونهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤٩٩؛ ومنح الجليل جـ ٢ ص ١٥.

(٥) الأم المرجع السابق. ويراجع نقد هذا القول فى اعلام الموقعين جـ ١ ص ٢٦٩.

(٦) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٨٠ و ١٨١.

الامام أحمد لمن يكون عمرها تسع سنين . وهو القول الأصح . لأن النكاح يراد للرغبة ، فلا تجبر على من لا ترغب فيه (١) .

ولو حصل الاجبار على الزواج بغير مراعاة ما تقدم لم يصح النكاح على الرأى المشهور، لوقوعه على خلاف الغبطة ، وقيل يصح ويكون للمجبَرة الخيار. فاذا كانت بالغة كان لها الخيار حالا ، وإن كانت صغيرة فلها الخيار إذا بلغت ، وكذلك الحكم بالنسبة للصغير المجبَر (٢). إلا أن لفقهاء الحنفية فى ذلك تفصيلا؛ فلو زوج الأب أو الجد الصغير أو الصغيرة بغير كفء ، أو بغبن فاحش فى المهر زيادة فى مهر الصغير وحطا من مهر الصغيرة ، فهذا الزواج لا يصح على قول الامامين أبى يوسف ومحمد ، وعلى رأى الامام أبى حنيفة يصح النكاح استحسانا وان كان القياس على رأى صاحبيه (٣). ولوكان المزوِّج غير الأب والجد لم يصح الزواج عندهم جميعا (٤) . وقد قيد المتأخرون من العلماء قول الامام أبى حنيفة فى تزويج الأب والجد للصغير أو الصغيرة من غير كفء أو بغبن فاحش فى المهر — قيدوا قوله بصحة هذا النكاح ولزومه بألا يكون الأب أو الجد معروفا بسوء الاختيار ، فان كان معروفا بذلك مجانة وفسقا فالعقد يبطل على الصحيح (٥). ولو كان المزوِّج غير الأب والجد ، وكان التزويج بكفء وبمهر المثل، كان النكاح صحيحا نافذا غير لازم، ولكل من الصغير والصغيرة خيار الفسخ وقت البلوغ أو وقت العلم بالنكاح إذا بلغ المزوَّج منهما غير عالم بالزواج . والدخول قبل البلوغ لا يسقط هذا الخيار . والمجنون

(١) كشاف القناع جـ ٣ ص ٢٤ .

(٢) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٩٤ و١٩٩ .

(٣) المبسوط جـ ٤ ص ٢٢٤ و٢٢٥ ؛ والزيلعى جـ ٢ ص ١٣٠ و١٣١ .

(٤) بدائع الصنائع جـ ٢ ص ٢٤٥ و٢٤٦ .

(٥) البحر جـ ٣ ص ١٤٤ ؛ وفتح القدير جـ ٢ ص ٤٢٥ و٤٢٦ ؛ ويراجع كتاب الأستاذ أحمد ابراهيم بك بند ١٣٤ و١٣٥ و١٣٦ وهوامشها — وما قيل بالنسبة للأب والجد فى تزويج الصغير أو الصغيرة يقال عن الابن بالنسبة لأمه المجنونة أو المعتوهة — المرجع السابق.

والمجنونة يثبت لهما الخيار وقت الافاقة (١) .

على أن قول الامام أبى حنيفة بلزوم تزويج الأب أو الجد الذى لم يعرف بسوء الاختيار ولو زوَّج الصغير أو الصغيرة من غير كفء وبغير مهر المثل غبنا لهما — هذا القول لا يتعارض مع المبدأ الأساسى وهو أن ولاية الأجبار شرعت لمصلحة المجبَر . ووجه قول الامام أبى حنيفة هذا يتفق مع حكمة الولاية ؛ فرأيه يقوم على اعتبار أن النكاح يشتمل على مصالح وأغراض ومقاصد جمة ، والأب وافر الشفقة ينظر لولده فوق ما ينظر لنفسه ، فالظاهر أنه إنما قصر فى الكفاءة والصداق ليوفر سائر المقاصد عليها . وذلك أنفع لها من الصداق والكفاءه فكان تصرفه واقعا بصفة النظر (٢) .

* * *

القيد الثانى : ويتقيد حق التزويج بقيد آخر هو أن يكون استعماله مقصودا به مصلحة المولى عليه . فاذا استعمل الولى هذا الحق لمصلحته خاصة كان مسيئا فى هذا الاستعمال ومنع عنه .

وهذا القيد يتفرع عن القيد السابق ، لأن الاستعمال الذى لا يكون ملحوظا فيه مصلحة المولى عليه يكون غالبا إما مسببا لضرر يلحق به أو على الأقل غير جالب لمنفعة له . إلا أنه فى بعض الصور قد يكون الزواج فى مصلحة المولى عليه ، أو غير مسبب لضرر له ، ولكن مظنة الاساءة التى يظهرها تصرف الولى فى استعماله حقه فى تزويج من فى ولايته لمصلحته الخاصة تفسد هذا النكاح .

ومن التطبيقات على هذا المبدأ حكم الشريعة الاسلامية فى نكاح الشغار ، فهو نكاح باطل على قول أكثر الفقهاء لما ثبت من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنه (٣) . وصورة هذا النكاح ، على ما اعتمده فقهاء الشريعة

(١) كتاب الشيخ أحمد ابراهيم بك رقم ١٣٦ .

(٢) المبسوط ج ٤ ص ٢٢٤ و ٢٢٥ بنصه . ويراجع أيضاً البدائع والزيلعى والبحر وفتح القدير المراجع السابقة .

(٣) قال الامام البخارى فى صحيحه فى باب الشغار : « حدثنا عبد الله بن يوسف أخبرنا

الاسلامية ، هو أن ينكح الرجل وليته رجلا آخر على أن ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما (١) . فهو ليس مقصورا على انكاح الأب لابنته وإنما يشمل أيضا تزويج غير البنـــات من الأخوات وبنات الأخ والعمات وبنات الأعمام ... الخ (٢) .

إلا أن إطلاق هذا القول على تزويج كل ولى فيه نظر ؛ فانه لا يمكن تأييد ماجرى عليه عامة الفقهاء فى تفسير الشغار من حيث النقل ، لأنه لم يصح عند العلماء أن تفسير الشغار كما رواه البخارى ومسلم كان من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقد رواه البخارى على أنه خاص بانكاح الأب ابنته ، ورواه مسلم على روايتين ، فى إحداهما زاد تزويج الأخت على تزويج البنت ، وفى الثانية ذكر أن تفسير الشغار من كلام نافع أحد رواة هذا الحديث (٣) . ومن أجل ذلك قال الامام الشافعى أنه لا يدرى تفسير الشغار هل هو من الحديث أو من قول أحد رواته (٤) . والظاهر من قولهم هو أن تفسير

مالك عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنتـه ليس بينهما صداق » . وقد رواه الامام مسلم من طرق أخرى . يراجع فتح البارى للعسقلانى ج ٩ ص ١٣٩ ومتن البخارى على هامشه ؛ وارشاد السارى للقسطلانى ج٨ ص٣٩ ؛ ومتن الامام مسلم وشرح النووى عليه المطبوع على هامش ارشاد السارى ج ٦ ص ١٤١ — ١٤٣ ؛ ونيل الأوطار للشوكانى ج ٦ ص ٢٧٧ — ٢٧٩ .

ومعنى كلمة الشغار فى الأصل الخلو يقال شغرت الأرض شغورا لم يبق بها من يحميها ويضبطها فهى شاغرة ومنه قولهم وقف شاغر أى ليس له ناظر بضبطه ويتولى شئونه . يراجع كتاب الأستاذ أحمد ابراهيم بك بند ٦٣ هامش رقم ١ ص ٣٦ .

(١) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٥٠ .

(٢) يراجع شرح النووى على صحيح مسلم بهامش ارشاد السارى ج ٦ ص ١٤٣ ؛ وارشاد السارى ج ٨ ص ٣٩ ؛ وفتح البارى ج ٩ ص ١٤١ ؛ والمبسوط ج ٥ ص ١٠٥ ؛ ونيل الأوطار ج ٦ ص ٢٧٩ .

(٣) يراجع صحيحا البخارى ومسلم المرجعان السابقان .

(٤) الأم ج ٥ ص ٦٨ .

الشغار ليس من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم [١] . وعلى ذلك يمكننا أن نفسر الشغار على أساس الحكمة التى دعت إلى إبطال هذا النكاح ، ولا تتقيد بقول مخصوص ، لأن النكاح فى الأصل مباح والمنع هنا لعارض فيجب أن يقتصر عليه .

وقد اختلفوا فى بيان علة تحريم هذا النكاح . فقال البعض ان العلة فى النهى عنه هى ترك ذكر المهر . ومن قالوا بذلك صححوا هذا النكاح بفرض صداق المثل، قياسا على حالة من يسمى مهرا مما لا يصح التعامل به كالخمر والخنزير[٢]. وقيل ان العلة فى ذلك هى جعل كل واحد من العقدين شرطاً فى الآخر [٣] وقيل العلة فى إبطال هذا النكاح هى جعل بضع كل واحدة مهراً للأخرى ، وهى لا تنتفع به ، فلم يرجع اليها المهر بل عاد إلى الولى ، وهو ملكه لبضع زوجته بتمليكه لبضع موليته ، وهذا ظلم لكل واحدة من المرأتين وإخلاء لنكاحها عن مهر تنتفع به[٤]. ومعنى ذلك أن الولى زوّج موليته ليظفر هو بزوجة له ، وكذلك فعل الآخر ، فيكون كل منهما لم يقصد مصلحة المولى عليها وإنما قصد مصلحته هو ، وما شرع حق التزويج لذلك ، وبذلك يكون كل من من الوليين قد استعمل هذا الحق لغير الغرض الذى من أجله شرع . وهذا الرأى الأخير هو أصح الآراء فى بيان علة النهى عن نكاح الشغار ؛ إذ لو كانت العلة هى عدم تسمية المهر أو فساد التسمية لما كان هناك محل للنهى عن النكاح جملة ، لأن فساد تسمية المهر لا تفسد العقد ، وكذلك يصح النكاح بدون تسمية

---

(١) يراجع فتح البارى ج ٩ ص ١٣٩ و ١٤٠ ؛ وارشاد السارى ج ٨ ص ٣٩ و ٤٠ ، وبلوغ المرام حديث رقم ١٠١٤ ص ٢٠٥ .

(٢) يراجع بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٠ ؛ وفتح البارى ج ٩ ص ١٤٠ و ١٤١ ؛ والمبسوط ج ٥ ص ١٠٥ .

(٣) فتح البارى ص ١٤٠ ؛ وزاد المعاد ج ٢ ص ٢١١ .

(٤) زاد المعاد ج ٢ ص ٢١١ .

الصداق . وعلى الرأى الذى رجحناه يكون المعتبر فى البطلان هنا هو تزويج كل من الوليين وليته للآخر بشرط أن يزوجه وليته ، لما فى ذلك من رجحان مظنة الاساءة التى أشرنا اليها ، وتضحية مصلحة المولى عليها فى سبيل مصلحة وليها . ولعل هذا الاعتبار هو الذى دعا الامام مالكا رضى الله عنه إلى القول ببطلان النكاح ولو سمّى كل من الوليين للزوجة مهراً ، وذلك فى الصور التى تدخل تحت نكاح الشغار [١] .

ونعود إلى صورة نكاح الشغار فنقول ان تحديدها يجب أن يكون تبعاً لمقتضى الحكمة من إبطال هذا النكاح كما تقدم . وبذلك تكون صورته الصحيحة مقصورة على حالة تزويج الولىّ المجبِر لمن له عليها ولاية الاجبار، لأن تزويج غيرها يشترط فيه رضاها بالزواج ووجوب مهر المثل فلا يتصور ظلمها، والولى المجبِر هو الذى يستطيع أن يزوج من فى ولايته بغير اعتبار قولها ، وبذلك يمكنه أن يستعمل حقه هذا لمصلحته الخاصة بغير مراعاة لمصلحة المولى عليها ، ويكون تزويجه لها تجارة يرمى من ورائها إلى الحصول على زوجة له كما تقدم.

ويتبين مما مرّ بنا أن النهى عن نكاح الشغار تطبيق خاص للمبدأ العام القاضى بوجوب أن يكون استعمال الحق موافقاً لمقتضى الحكمة التى من أجلها شرع هذا الحق ، وقد جاء التطبيق هنا فى حق الجبر الذى شرع لمصلحة المولى عليه وليس لمصلحة الولى .

وحكم النهى عن هذا النكاح مختلف فيه . فطبقا لمذهب الامام أبى حنيفة النهى هنا محمول على الكراهية ، والنكاح صحيح ، ولكل من الزوجتين مهر مثلها[٢] . وهو رواية عن الامام أحمد . وطبقا لقول الأئمة مالك والشافعى وأحمد

---

(١) ويتبين ذلك مما رواه ابن القاسم عن الامام فقد قال « سئل مالك عن رجل قال زوجنى ابنتك بخمسين دينارا على أن أزوجك ابنتى بمائة دينار فكرهه مالك ورآه من وجه الشغار » . المدونة جـ ٢ ص ١٣٩ و ١٤٠ .

(٢) الزيلعى جـ ٢ ص ١٤٥ ؛ والمبسوط المرجع السابق؛ وابن عابدين جـ٢ ص٤٥٧ و٤٥٨ .

فى رواية أخرى عنه النهى هنا يقتضى بطلان النكاح [١] .

* * *

ب — عضل الولى

رأينا فيما مر بنا فى هذا الفصل أن الشريعة الاسلامية تقر لبعض الأشخاص ولاية تزويج غيرهم من غير اعتبار لارادة هذا الغير، وقلنا ان لهذه الولاية مظهرين، مظهرا إيجابيا وهو تزويج المولى عليه جبرا عنه وقد تكلمنا فى ذلك، ومظهرا آخر سلبيا اصطلحوا على تسميته بعضل الولى [٢]، وهو امتناعه عن تزويج المولى عليها مطلقا أو من كفء خطب ليزوجها لغيره [٣].

والعضل يكون من الولى المجبر طبقاً للمذاهب الأربعة ، ولا يتصور إلا منه فى مذهب الامام أبى حنيفة، لأن وجود الولى ليس بشرط عنده فيما عدا حالة الاجبار، وللمرأة فى غير هذه الحالة أن تزوج نفسها كما تقدم . وأما طبقا لمذاهب الأئمة مالك والشافعى وأحمد فالعضل يكون من كل ولى، لأن وجود الولى شرط فى عقد الزواج على رأيهم [٤] .

والعضل منهى عنه بقوله تعالى « واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف . . . » [٥]. وقد نزلت هذه الآية تحرم على أولياء النساء مضارة من كانوا له أولياء منهن، بعضلهن عمن أردن نكاحه من أزواج كانوا لهن فبنّ بما تبين به المرأة من

(١) يراجع فتح البارى ج ٩ ص ١٤١ ؛ وبداية المجتهد ج ٢ ص ٥٠ ؛ والأم ج ٥ ص ٩٦ ؛ وشرح النووى لصحيح مسلم على هامش ارشاد السارى ج ٦ ص ١٤٣ ؛ وكشاف القناع ج ٣ ص ٥٤ ؛ والمدونة ج ٢ ص ١٣٩ .

(٢) يقال عضله أى ضيق عليه وحبسه ومنعه ومنه عضل الولى موليته أى منعها عن الزواج . كتاب الشيخ أحمد ابراهيم بك بند ١٣١ هامش رقم ١ ص ٨١ .

(٣) تراجع رسالة الشرنبلالى فى العضل ص ٢١٤ (يسرى) .

(٤) يراجع ص ١٦٢ هامش رقم ١ .

(٥) سورة البقرة آيه رقم ٢٣٢ .

زوجها من طلاق أو فسخ نكاح (١) . وقيل ان النهى فى الآية إما أن يكون للأولياء أو للازواج أو للناس كافة فان إسناد ما فعل واحد الى الجميع شائع مستفيض وفيه تهويل لأمر العضل وتحذير منه وإيذان بأن وقوع ذلك بين ظهرانيهم وهم ساكتون عنه بمنزلة صدوره عن الكل فى استتباع اللائمة (٢) .

ومدار العضل هو أن يمتنع الولى من تزويج من فى ولايته بقصد الاضرار بها، أو بغير أن يكون فى ذلك مصلحة لها، وبشرط أن يخطبها كفء وبمهر المثل. فان كان الأمر كذلك وامتنع الأب عن تزويجها عد عاضلا، وإلا فلا عضل ولا يؤمر بتزويجها ولو تكرر رد الولى للخاطب ما دام أنه ليس مضاراً لها(٣). وظاهر هذا القول يتفق مع بعض مظاهر إساءة استعمال الحق : فهل يمكن القول بأن العضل هو إساءة استعمال الحق أو أنه تقصير فى القيام بواجب ؟ يمكن أن يقال انه وان كان من حق الولى أن يزوج فليس من حقه أن يمنع من الزواج، وعلى هذا الاعتبار يكون من واجب الولى أن يزوج، ويكون العضل تقصيراً فى واجب وليس إساءة فى استعمال حق . وقد يستند فى هذا المعنى على قول الامام الشافعى عند كلامه على اشتراط الولى فى النكاح فقد قال « ان على السلطان اذا اشتجروا أن ينظر فان كان الولى عاضلا أمره بالتزويج فان زوج فحق أداه وان لم يزوج فحق منعه وعلى السلطان أن يزوج أو يوكل ولياً غيره فيزوج والولى عاص بالعضل (٤) » .

إلا أن الأصل الذى يبنى عليه هذا القول غير مسلم، فان الولاية مفروضة لمصلحة المولى عليه، بمعنى أن أساسها النظر فيما هو الأصلح له، وتقدير صلاحيته

---

(١) الطبرى جـ٢ ص ٢٧٧ .

(٢) رسالة الشرنبلالى فى العضل ص ٢١٤ (يسرى) .

(٣) مدونة مالك جـ ٢ ص ١٤٥ ؛ والزرقانى جـ ٣ ص ١٨٣ ؛ وكتاب الشيخ أحمد ابراهيم بك بند ١٣١ ص ٨٢ .

(٤) الأم جـ ص ١١٥ .

متروك للولى . فهو يقبل الزواج أو يرفضه على ما يراه من صلاحية الخاطب أو عدم صلاحيته . هذا من جهة المولى عليه . وهناك اعتبار آخر من جهة الولى خاصة وهو حقه فى أن لا تزوج موليته من غير كفء ، لأن الكفاءة حق للأولياء كما مر بنا ، فللولى أن يعترض على زواج غير الكفء ويطلب فسخه كما تقدم ، فاذا كان الولى مزوجا فمن حقه أن لا يزوج موليته بغير الكفء محافظة على حقه . وهذان الاعتباران معا يجعلان اعتراض الولى على زواج موليته أو منعها من الزواج من حقوقه . وأما قول الشافعى الذى أشرنا اليه فوجهه أن يكون قد ثبت عضل الولى اذ به يثبت أن للمولى عليها حقا فى تزويجها ، وهو واجب على الولى من ذلك الوقت .

على أن حق الولى هذا ككل الحقوق يتقيد بوجوب استعماله للغرض الذى من أجله وجد ، فاذا استعمل هذا الحق لغير هذه الحكمة ، كأن يكون إستعماله بقصد الأضرار بالمولى عليها ، أو لفائدة يرجوها هو لنفسه ، أو طمعا فى الحصول على منفعة له مقابل رضائه بالزواج ، عد عاضلا (١) وكان عمله هذا إساءة فى استعمال حقه .

وأما الجزاء الشرعى للعضل فقد جاء به الحديث المحفوظ عن النبى صلى الله عليه وسلم وهو أيما إمرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولىّ له (٢) . وقد فسروا الشطر الأخير من هذا الحديث بأن السلطان يكون ولياً لمن لا ولى لها ، وكذلك لمن يكون لها ولى فيمنعها من الزواج عضلا لها ، فانه بمنعه لها قد أخرج نفسه من الولاية بالعضل ، لأن العضل ضرر ، والضرر منهى عنه ، والسلطان ينفى الضرر هنا بالتزويج (٣) .

---

(١) فتاوى الشيخ عليش جـ ١ ص ٢٩٦ .

(٢) يراجع بلوغ المرام ص ٢٠٤ حديث رقم ١٠١٠ .

(٣) تراجع فى ذلك المدونة جـ ٢ ص ١٤٤ ؛ والأم جـ ٥ ص ١١ ؛ رسالة الشرنبلالى فى العضل ص ٢١٢ (يمين) .

وطبقاً لمذهب الامام أحمد اذا عضل الولى الأقرب فان الولاية تنتقل لمن يليه من الأولياء، فان عضل الولى الأبعد أيضاً زوجها الحاكم استناداً على الحديث المتقدم [1].

(١) كشاف القناع ج ٣ ص ٣٠ .

الباب الثالث

فى الحقوق المترتبة على عقد الزواج

الزواج عقد عمر ، وهو أقوى ما يكون من الارتباط بين شخصين . ومتى تم هذا العقد كان لكل من الزوجين حقوق قبل صاحبه تبقى مابقيت رابطة الزوجية ، وليس من السهل إيراد بيان تفصيلى لهذه الحقوق لكثرة تنوعها ولأنها تشمل كل ملابسات الحياة فى جميع مظاهرها . وقد ذكر القرآن الكريم بعض الحقوق التى لكل من الزوجين قبل الآخر ، وجاءت الأحاديث الشريفة بذكر شىء منها زائداً على ما ورد بالقرآن[1]. وهذه وتلك منها ماهو مفسر ومنها ما هو مجمل [2] .

وجماع هذه الحقوق قوله تعالى « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة » [3] . أى أن للنساء من حقوق الزوجية على الرجال مثل ما للرجال عليهن [4] . ويؤيد ذلك ما روى عن النبى (ص) أنه قال فى حجة الوداع « ان لكم من نسائكم حقاً وان لنسائكم عليكم حقاً » [5] . ومع ذلك فان للرجال عليهن درجة أى منزلة ، وهذه الدرجة هى قيام الرجل على المرأة لقوله تعالى « الرجال قوامون على النساء » [6] .

---

(١) أحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٣٧٤و٣٧٥ .

(٢) الأم جـ ٥ ص ٩٥ .

(٣) سورة البقرة آية رقم ٢٢٨ . ويراجع تفسيرها فى الطبرى جـ ٢ ص ٢٥٧ و٢٥٨ ؛ والكشاف جـ ١ ص ٢٦٧ ؛ وأحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٣٧٤ .

(٤) نيل المرام ص ٦٣ والمراجع المشار اليها بالهامش السابق .

(٥) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٣٦٤ .

(٦) سورة النساء آية رقم ٣٤ . ويراجع الطبرى والكشاف وأحكام القرآن

والقاعدة العامة التى تسود كل حقوق الزوجية وتقيدها هى الاحسان فى المعاملة وتجنب المضارة [١] . اذ أن الزواج محقق لمصالح متبادلة وهى لا تقوم إلا على هذا الأساس . وقد نبه القرآن الكريم الى ذلك فى عدة آيات هى أقوى ما يكون أساساً لهذه القاعدة فجاء به : «وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك ان أرادوا إصلاحا ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف » [٢] ، « واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا . . . »[٣] ، « واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف » [٤] ، « ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين » [٥] ، « وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين » [٦] ، « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف »[٧] ، « ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن

المراجع السابقة .

وهذا لا يخل بالمساواة بين الرجل والمرأة لأن هذه الدرجة التى هى قيام الرجل على المرأة يقتضيها النظام فى كل عمل مشترك وإلا صار الأمر فوضى ومراعاة النســاء لهذه الدرجة يجعل ما لهن من شئون الزوجية قبل أزواجهن مثل ما عليهن لهم تماماً وقد جاء هذا القول فيما رواه الطبرى مسنداً لمحمد أنه قال فى تأويل قوله تعالى « وللرجال عليهن درجة » « لا أعلم إلا أن لهن مثل الذى عليهن إذا عرفن تلك الدرجة » — يراجع الطبرى ج ٢ ص ٢٥٧ .

(١) يراجع فى ذلك الأم جـ ٥ ص ٩٥ ؛ والبدائع جـ ٢ ص ٣٣٤ ؛ وأحكام القران للجصاص جـ ١ ص ٣٧٤ وما بعدها ، وجـ ٢ ص ١٠٩ ؛ وفتاوى ابن تيمية جـ ٢ ص ٢٣١ وما بعدها ، وقد عبر عنها بأنها « قاعدة نكاحية » .

(٢) سورة البقرة آية رقم ٢٢٩ .

(٣) » » » » ٢٣١ .

(٤) » » » » ٢٣٢ .

(٥) » » » » ٢٣٦ .

(٦) » » » » ٢٤١ .

(٧) » » » » ٢٣٣ .

إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وعاشروهن بالمعروف »[١] ، وقوله « فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف »[٢] ، و « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف » .[٣] وغير ذلك من الآيات التى تأمر بالاحسان وتنهى عن المضارة .

ونظرا لما بيناه من تنوع حقوق الزوجية وتعذر حصرها ، ولأن كثيراً منها يشمل تفصيلات دقيقة هى أقرب لقواعد الأخلاق منها إلى ما يدخل تحت سلطان القضاء ، فسنقصر بحثنا على ما هو من هذا النوع الأخير فنتكلم فى الحقوق الآتية :

١ — حق القيام الذى للزوج على زوجته وهو ما يعبر عنه بالسلطة الزوجية ، وما يتضمنه هذا الحق من فروع .

٢ — المباشرة الجنسية .

٣ — حق المرأة فى النفقة .

---

(١) سورة النساء آية رقم ١٩ .

(٢) سورة الطلاق آية رقم ٢ .

(٣) سورة الطلاق آية رقم ٦ .

الفصل الأول

فى قيـــام الرجل على زوجته

أو السلطة الزوجيـة

قضت الشريعة الاسلامية أن الرجل قوام على زوجته بدليل قوله تعالى « الرجال قوامون على النساء »(١). وهذا النص التشريعى يتضمن أن للزوج على زوجته تدبيرها وتأديبها (٢). ولنتكلم فى كل من الحقين.

أولا: فى حق التدبير

ونقصد بذلك أن الزوج له السيادة فى تدبير المعيشة المشتركة بينه وبين زوجته من حيث اسكانها وامساكها فى منزل الزوجية ومراقبة سلوكها داخل المنزل وخارجه واتصالها بالغير والنظر فيما يجوز لها أن تعمله داخل المنزل وخارجه والانتقال بها إلى حيث يشاء. والكلام فى كل ذلك يدخل تحت ثلاثة فروع وهى.

١ ـ إمساكها بالمنزل والرقابة عليها.

٢ ـ منعها من القيام بعمل أو مزاولة مهنة.

٣ ـ الانتقال بها.

وقبل التكلم فى كل من هذه الفروع نوجه النظر إلى أن اعطاء الزوج السلطة فى هذه الأمور مقصود به غرضان: أولهما المحافظة على مامنحته الشريعة

---

(١) سورة النساء آية رقم ٣٤.

(٢) أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ١٨٨.

إياه من حقوق قبل زوجته نتيجة للزواج ، والثانى دفع الضرر عن نفسه وعنها وحماية حياتهما الزوجية مما قد يضر بها من المؤثرات . وهذان الغرضان هما اللذان يجب أن يتجه اليهما استعماله لسلطته ، وهذا الاتجاه هو أول ما يقيد تلك السلطة. ويقيدها فوق ذلك وجوب أن يكون استعمالها غير ملحق ضررا بالزوجة . وبذلك تكون سلطة الزوج على زوجته مقيدة بما تتقيد به سائر الحقوق فى الشريعة الاسلامية .

أما بيان مدى ما يباح للزوج فى الحقوق المتفرعة عن هذه السلطة وما تتقيد به هذه الحقوق تفصيلا فيتبين مما يأتى :

الفرع الأول — فى إمساك الزوجة بمنزل الزوجية والرقابة عليها

السكنى من حقوق المرأة على زوجها لأنها تدخل فى النفقة بدليل قوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم . . . »[١] ؛ إلا أن تحديد المسكن واختياره متروك للزوج بحسب ما يراه ملائما تبعا لمقدرته . وترك الاختيار للزوج فى ذلك مرجعه إلى أنه بحكم رياسته للأسرة هو الذى يعرف المكان اللائق لها والذى فيه تستقر المعيشة الزوجية الواجبة . وحق الزوج هذا يتقيد بوجوب أن يكون محققا لهذا الغرض له ولزوجته معا ، فاذا كان المسكن الذى اختاره الزوج بحالة لا تمكن الزوجة من استيفاء حقوقها المشروعة من الزواج لا يكون مسكنا شرعيا ولا تلزم الزوجة بالقرار فيه. وكذلك الحكم لو كان المسكن بحال يلحق الزوجة بسببها ضرر أو يخشى معها حصول الضرر. وقد مثلوا لذلك بما لو كان فى المسكن آخرون يمنعها وجودهم معها من المعاشرة الزوجية والتمتع بما هو من نتائج هذه المعاشرة، أو كان يلحقها

---

(١) سورة الطلاق آية رقم ٦،ونص الآية يدل على وجوب الاسكان على الزوج ومعنى قوله من وجدكم أى مما تطيقونه ملكا أو اجارة أو عارية . البحر ج ٤ ص ٢١١ .

بذلك ضرر ، أو تخشى منه على متاعها . وكذلك مالو كان المسكن خاليا من المرافق الضرورية . أو كان بحال تستوحش منها الزوجة ، أو كان الجيران غير صالحين (١) .

وللزوج إمساك زوجته بمنزل الزوجية فيمنعها من الخروج ، إلا أن حقه فى ذلك مقيد بما سبق بيانه ، فهو لا يمنعها إلا إذا كان خروجها يفوت عليه ما يباح له شرعا من الزواج . أو كان يخشى عليها الفتنة . فاذا كان خروجها لا يفوت عليه حقه وكانت أمينة لا يخشى عليها الفتنة أو كان خروجها لضرورة أو لقضاء حاجة لم يقم الزوج بها فليس له منعها (٢) .

أما فيما يتعلق بما للزوج من الرقابة على زوجته من حيث اتصالها بالغير فله أن يمنعها من الخروج لغير المحارم ومنع هؤلاء من الدخول اليها . ووجه ذلك أن فى هذا الاتصال ضرراً محققا ، وله أن يمنع وقوع الضرر به وبزوجته ، بل إن ذلك واجب عليه . وله أن يمنعها من الاتصال بمحارمها ، أو أن يقيد اتصالها بهم بوجوده أو وجود من يثق به معهم لهذا السبب أيضاً . ولكن حقه فى ذلك مقيد بخوف فسادها أو إفسادها عليه . فان لم يكن هناك محل لهذا التخوف فلا يجوز له منعها من ذلك (٣) .

---

(١) الهداية جـ ٢ ص ٣٦ ؛ والبدائع جـ ٤ ص ٢٣ ؛ والزيلعى جـ ٣ ص ٥٨ ؛ والبحر جـ ٤ ص ٢١٠ و٢١١ ؛ وابن عابدين جـ ٢ ص ٩١٤ ؛ والتاج والاكليل جـ ٤ ض ١٨٦ ؛ والخرشى جـ ٤ ص ٢١٩ ؛ ومنح الجليل جـ ٢ ص ٤٣٦ ؛ ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ٢٥٥ و٢٥٦ ؛ وشرح المنتهى جـ ٣ ص ١٦٩ .

(٢) البحر جـ ٤ ص ٢١٢ ؛ وابن عابدين جـ ٢ ص ٩١٥ ؛ والخرشى جـ ٤ ص ٢١٨ ؛ ومنح الجليل جـ ٢ ص ٤٣٦ ؛ ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ٢٥٥ و٢٥٦ و٢٥٧ ؛ وكشاف القناع جـ ٣ ص ١١٧ . وتراجع فى ذلك أيضاً فتوى فضيلة الشيخ عبد المجيد سليم مفتى الديار المصرية المؤرخة فى ١٨ أغسطس سنة ١٩٢٩ بمجلة المحاماة الشرعية س ١ ص ٣٦ ؛ وحكم محكمة تلا الشرعية الصادر فى ١٤ ذى القعدة سنة ١٣٤٨ (١٣ ابريل سنة ١٩٣٠) بالمحاماة الشرعية س ١ ص ٩١١ رقم ٢٢٣ .

(٣) البدائع المرجع السابق ؛ والبحر جـ ٤ ص ٢١٢ ؛ وابن عابدين جـ ٢ ص ٩١٥ ؛

ومما يدخل فى حق الرقابة الذى للزوج على زوجته أن تكون له الرقابة على مراسلاتها [١] . ولم نعثر على نص لفقهاء الشريعة الاسلامية فى هذا الموضوع ، ولكنه امر يدخل فى نطاق ما بحثوه ، ولا يخرج عن القواعد التى قرروها . إلا أن حق الزوج فى ذلك يتقيد أيضاً بماسبق أن بيناه . وتظهر أهمية التقييد هنا بصفة خاصة إذا لوحظ أن الزوجة طبقا للشريعة الاسلامية مستقلة فى إدارة أموالها عن زوجها تمام الاستقلال ، وكثيراً ما تكون مراسلاتها فى هذا الشأن .

الفرع الثانى — منعها من القيام بعمل أو مزاولة مهنة

للزوج أن يمنع زوجته من الاحتراف بمهنة أو بعمل من الأعمال ولو كان هذا العمل مما تقوم به داخل منزلها ، سواء كان هذا العمل بأجر أو تبرعا منها للغير لأنهـا مستغنية عن العمل بوجوب كفايتها عليه [٢] . إلا أن هذا الحق ليس مطلقا فقد يكون العمل الذى تقوم به المرأة نافعا لها لتحصل من مقابله على ما تحتاج اليه مما لا يلزم الزوج به [٣] . ومن أجل ذلك قرر فقهاء الشريعة الاسلامية أن هذا الحق لا يكون للزوج استعماله إلا إذا كان اشتغال المرأة

والخرشى ج ٤ ص ٢١٨ ؛ وكشاف القناع ج ٢ ص ١١٧ ؛ وشرح المنتهى على هامشه ص ١٧١ .

أما ما ذكره الفقهاء من تحديد زيارات أهل الزوجة لها أو زيارتها لهم بأوقات معينة فليس له أساس من التشريع ونرى أن ذلك يرجع إلى ماجرى عليه العرف فى زمنهم ومن أجل ذلك يمكن القول بأن هذه مسألة تقديرية تتغير بحسب ما يجرى عليه العرف فى زمن معين أو مكان معين وبحسب أحوال كل من الزوجة وذويها . يقارن ذلك بما قضت به محكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٨ ، دالوز الدورى ١٨٩٩ — ١ — ٣٥٨ .

(١) وهذا الحق مسلم للزوج طبقاً للتشريع الفرنسى إلا أنهم قيدوا استعماله بعدم الاساءة. يراجع حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٦ أغسطس سنة ١٩٠٧ ، دالوز الدورى ١٩٠٧ — ١ — ٥١٢ .

(٢) البحر ج ٤ ص ٢١٣ .

(٣) ابن عابدين ج ٢ ص ٩١٥ .

بعملها يفوت عليه حقا من حقوق الزوجية ، أو ينجم عن اشتغالها بهذا العمل ضرر . وقد حرر ابن عابدين هذه القاعدة بقوله « والذى ينبغى تحريره أن يكون له منعها عن كل عمل يؤدى إلى تنقيص حقه أو ضرره أو إلى خروجها من بيته (١) أما العمل الذى لا ضرر له فيه (٢) فلا وجه لمنعها عنه ... » (٣). وظاهر من هذا القول أن حق الزوج فى منع زوجته من الاشتغال مقيد فى استعماله بوجوب مراعاة الحكمة التى من أجلها منح هذا الحق لأنه منح الزوج للمحافظة على ماله من حقوق الزوجية ودفع الضرر عن نفسه وعن زوجته كما تقدم بيانه (٤). وفضلا عن ذلك ليس للزوج منع زوجته من عمل إذا كان يقصد به ضررها (٥) .

وتنطبق القواعد المتقدمة على عمل الزوجة حتى لو كان من فروض الكفايات (أى فيه مصلحة عامة) كعمل القابلة ومغسلة الموتى (٦) .

ومما يرتبط باشتغال المرأة بعمل طلبها العلم أو خروجها لطلبه وقد استعرض الفقهاء هذا الموضوع ، وفرقوا فى الحكم بين ما إذا كانت تطلب علما يمكن زوجها أن يعلمها إياه ويكون مستعدا لتعليمها ، وما اذا كان العلم الذى تطلبه لا يمكن الزوج أن يفيدها إياه ؛ فنصوا على أن له منعها عن الخروج

(١) والمفهوم من ذلك طبعا أن يكون فى الحدود التى تسمح للزوج بمنع زوجته عن الخروج .

(٢) وتطبيق القاعدة يؤدى إلى تقييد هذا الحق أيضا بما لو كان هناك ضرر يصيب الزوجة من اشتغالها . يراجع الخرشى ج ٤ ص ٢١٧ ؛ ومنح الجليل ج ٢ ص ٤٣٥ .

(٣) ابن عابدين ج ٢ ص ٩١٥ و ٩١٦ بنصه . ويراجع أيضا نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٥٨ .

(٤) ويراجع كشاف القناع ج ٣ ص ١١٦ ؛ وشرح المنتهى ص ١٧١ .

(٥) الخرشى ومنح الجليل المرجعان السابقان .

(٦) البحر ج ٤ ص ٢١٢ ؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٩١٦ ؛ والدر المختار بهامشه — وهناك رأى يقول بأن خروج الزوجة للعمل الذى من هذا القبيل لا يتوقف على إذن الزوج . رواه صاحب البحر فى الموضع السابق ذكره ؛ وفتح القدير ج ٣ ص ٣٣٥ — والظاهر أن من قال بذلك راعى جانب المصلحة العامة فى مثل هذه الأعمال . إلا أن الراجح هو ما نقلناه فى المتن لتقدم حق الزوج على فرض الكفاية . يراجع البحر وابن عابدين والدر المختار المراجع السابقة .

فى الحالة الأولى . وأما فى الحالة الثانية فقد فرقوا بين ما إذا كان ما تطلبه ضروريا فلا يجوز له منعها ، وما إذا كان غير ضرورى فيكون له منعها ولا شىء عليه ، وإن كان الأجدر به أن يأذن لها [١] . وهذه الأحكام تنطبق تماما على القواعد التى سبق ذكرها إلا فى الافتراض الأخير وهو ما إذا كانت تطلب علما ليس ضروريا لها ولا يستطيع الزوج تعليمها إياه — فهم وإن كانوا قد استحسنوا إذن الزوج لها بالخروج لتعلمه فانهم قالوا ان له منعها منه ولا شىء عليه . ونقول ان حقه فى ذلك يتقيد بما سبق تقريره بأن يكون فى طلبها العلم تفويت لحقه ، أو ضرر يلحق بأحدهما أو كليهما .

الفرع الثالث — فى الانتقال بالزوجة

للزوج أن ينتقل بزوجته إلى حيث يشاء [٢] . وهذا الحق فرع من كون الرجل قواما على زوجته ، وأنه هو الذى يعين مسكن الزوجية . وهو أيضا يرجع لقوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم [٣] » . وفقهاء الشريعة الاسلامية متفقون على أن هذا حق للزوج [٤] . وهم متفقون أيضاً على أن استعمال هذا الحق مقيد بألا يكون قصد الزوج من الانتقال بزوجته مضارتها ، أو أن يكون فى نقلها ضرر يصيبها أو يخاف عليها الضرر منه .

(١) يراجع البحر جـ ٤ ص ٢١٢ ؛ وفتح القدير جـ ٣ ص ٣٣٦ ؛ وابن عابدين جـ ٢ ص ٩١٦ .

(٢) إذا أوفاها مهرها — الهداية جـ ١ ص ١٦٧ ؛ ولم تشترط عليه البقاء فى بلدها — كشاف القناع جـ ٣ ص ١١١ ؛ وشرح المنتهى ص ١٦٢ .

(٣) سورة الطلاق آية رقم ٦ . ويراجع الهداية جـ ١ ص ١٦٧ ؛ وأنفع الوسائل ص ٤٠ .

(٤) يراجع مواهب الجليل جـ ٣ ص ٥٠٣ ؛ ومنح الجليل جـ ٢ ص ١٠٦ ؛ ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ٢٥٦ ؛ وكشاف القناع وشرح المنتهى المرجعان السابقان ؛ والمنتزع المختار جـ ٢ ص ٣١٢ ؛ والهداية وأنفع الوسائل المرجعان السابقان ؛ وابن عابدين جـ ٢ ص ٤٩٥ و ٤٩٩ ؛ ومجمع الأنهر جـ ١ ص ٣٥٩ ؛ والدر المنتقى بهامشه ؛ ومعين الحكام ص ١٨٦ ؛ والفتاوى الأنقروية جـ ١ ص ٥٢ — وأما ما روى فى كتب الحنفية من خلاف بين علمائهم فى ذلك فلا يمس أصل الحق وسنرى أنه خلاف ظاهرى حصل بمناسبة تطبيق هذا الحق لا فى أساسه .

القيد الأول : يجب ألا يكون قصد الزوج من الانتقال بزوجته مضارتها . وهذا القيد فضلا عن كونه تطبيقا للقاعدة العامة لاستعمال أى حق من الحقوق فهو يرجع أيضا لصريح النص فى قوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن[1] » . وقد نص الفقهاء على هذا القيد صراحة [2]، وقالوا انه ينبغي للحاكم أن يستكشف عن حقيقة الحال ، وينظر فى طلب الزوج السفر بأهله . فان كان طلبه مضارة لأجل أن تهبه شيئا من المهر ، أو تترك الكسوة ، أو لأمر جرى بينهما من خصومة ونحوها فلا يجيبه إلى ذلك خصوصا إذا لم يكن مأمونا عليها ، ويحكم لها بالمنع [3] . أما إذا كان الزوج مأمونا على زوجته ، وكان انتقاله فى سبيل معاشه مثلا فلا يجوز لها أن تمتنع [4] . ومن ذلك يتبين أن حق انتقال الزوج بزوجته مقيد بوجوب استعماله لغرض صحيح يتفق مع الحكمة من منح هذا الحق له .

القيد الثانى : يتقيد أيضا حق الزوج فى الانتقال بزوجته بأن لا يكون فى الانتقال خوف الضرر عليها ، كأن يكون الطريق مخوفا ، أو يشق مشقة لا تحتمل عادة [5] ، أو كان النقل لبلد لا تجرى فيه الأحكام أى فوضى ، أو يخاف فيه عدو [6] . فاذا خيف شيء من ذلك فللزوجة أن تمتنع عن السفر .

ويتقيد حق الزوج بالقيدين السابقين معا ؛ فانهما وإن كانا مفروضين لمنع الضرر عن الزوجة فانهما يختلفان موضوعا لأن الأول مرجعه لنفس الزوج ،

---

(١) يراجع ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٩٥ .

(٢) مواهب الجليل المرجع السابق ؛ ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ٢٥٦ ؛ والمنتزع المختار جـ ٢ ص ٣١٢ هامش رقم ٨ ؛ وابن عابدين جـ ٢ ص ٤٩٦ .

(٣) أنفع الوسائل ص ٤٢ بنصه . ويراجع ابن عابدين المرجع السابق .

(٤) ابن عابدين المرجع السابق .

(٥) نهاية المحتاج المرجع السابق وحاشية الشبراملسى عليه .

(٦) مواهب الجليل جـ ٣ ص ٥٠٣ ؛ والمنتزع المختار المرجع السابق .

والثانى للظروف الملابسة للسفر ذاته والخارجة عن الزوج . وقد تكون حكمة أحد القيدين متوافرة دون حكمة القيد الآخر .

وتتضمن كتب المذهب الحنفى أن هناك خلافا بين فقهائهم فيما إذا كان للزوج أن يسافر بزوجته . فمنهم من يقول بأن للزوج أن يسافر بها ، ومنهم من يقول بأنه ليس له ذلك . والرأى الأول هو قول ظاهر الرواية ، والثانى هو الذى عليه الفتوى [١]. إلا أن هذا خلاف فى الظاهر فقط لأن من قالوا بأن الزوج ليس له السفر بزوجته يقرون بأن الرأى الآخر هو الذى عليه المذهب [٢]. ولكنهم أفتوا بمنع الزوج من نقل زوجته لأن الزمن فسد وفى السفر بالمرأة ضرر بها دائما [٣] فكأنهم افترضوا أن السفر يضر بالزوجة

(١) أنفع الوسائل المرجع السابق ؛ ومجمع الأنهر ج ١ ص ٣٥٩ ؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٤٩٥ — وقد أخذ المرحوم قدرى باشا بالرأى المفتى به فى المادة ١٦٢ من قانون الأحوال الشخصية . وأما مشروع تعديل قانون الأحوال الشخصية السالف الذكر فأخذ فيه بما يتفق مع ما ذكرناه فى المتن من الأحكام فنصت المادة ٩٨ من التعديل طبعة ثانية على أنه « إذا امتنعت الزوجة عن الانتقال مع زوجها إلى بلد غير البلد الذى كانت معه فيه وكان مأموناً على نفسها ومالها وقد أوفاها معجل صداقها ولم يكن قاصداً المضارة بنقلها ولم تكن شرطت عليه فى العقد البقاء فى مكان معين سقطت نفقتها ولو كان طلب الانتقال بها الى بلد فوق مسافة القصر : فلو كان الزوج غير مأمون على نفسها أو مالها أو كان قاصداً المضارة بنقلها أو لم يوفها معجل صداقها أو كانت شرطت عليه فى العقد البقاء فى مكان معين فلا تسقط نفقتها بامتناعها عن الانتقال معه ولو كان دون مسافة القصر » . وجاء فى المادة ٨٨ من التعديل المذكور ما نصه « متى ثبت للزوج حق طلب زوجته الى منزله جاز له أن ينتقل بها حيث شاء ولو فوق مسافة القصر ما لم يكن نقلها للمضارة ولم تكن قد اشترطت عليه عدم نقلها من البلد » — يراجع كتاب الأستاذ أحمد ابراهيم بك رقم ٣٠٥ هامش رقم ٢ ب ص ١٩٠ و١٩١ .

(٢) وقد قلنا هنا ان هذا الرأى هو الذى عليه المذهب لأنه قول ظاهر الرواية والقول الآخر هو الذى عليه الفتوى وذلك على اعتبار أن ظاهر الرواية هو الحكم الشرعى العام فى مسألة فقهية معينة وأما الفتوى فهى تطبيق هذا الحكم الفقهى على واقعة معينة بملابساتها الخاصة بها والتى قد لا توجد فى حادثة أخرى مما يدخل فى الحكم الشرعى عموماً وهذه الملابسات الخاصة قد تعدل فى تطبيق الحكم الشرعى أو تقفه ولكن ذلك لا يكون لسبب متعلق بالحكم فى ذاته وانما بسبب هذه الملابسات الخاصة .

(٣) أنفع الوسائل ومجمع الأنهر وابن عابدين المراجع السابقة .

دائما ولذلك منعوه إلا باذنها . ولولا هذا الضرر الذى افترضوا وجوده دائما لما قالوا بالمنع (١). وبذلك يكون الخلاف ظاهريا وقد نتج عن تطبيق الحكم الشرعى على الواقع فى زمنهم . والحكم الشرعى طبقا لمذهب أبى حنيفة كما تقدم لا يبيح السفر إذا كان المقصود به مضارة الزوجة أو كان يخشى منه حصول ضرر لها . فاذا لوحظ أن سفر الزوج بزوجته قد لا يكون فيه ضرر يصيبها ، بل قد يكون مصلحة لهما معا ، فانه يتبين أن المذهب الحنفى يوافق غيره من المذاهب فى هذا الموضوع كما تقدم بلا خلاف . ومن أجل ذلك قرر المحققون من علماء الحنفية أن الأمر متروك للقاضى يقدره بحسب ما يراه من الوقائع على ما مر بنا (٢).

وهذا ما جرى عليه قضاء المحاكم الشرعية أخيرا (٣) فقضت أن للزوج الانتقال بزوجته ولو إلى مسافة أكثر من مسافة السفر الشرعى إذا كان أمينا

(١) والدليل على ذلك أنهم قالوا ان للزوج أن يسافر بزوجته فيما دون مسافة القصر وليس له السفر بها لأكثر من ذلك والعلة فى التفرقة أنهم افترضوا الضرر فى الحالة الثانية دون الأولى وبذلك يكونون قد طبقوا القاعدة الأصلية . ومسافة القصر هى التى تقصر فيها الصلاة الرباعية ومسافتها ثلاثة أيام بسير الابل المعتاد وقد قدرها المرحوم محمود الفلكى باشا بواحد وتسعين كيلو متر وقدرها غيره بنحو خمسة وثمانين كيلو متر — يراجع كتاب الأستاذ أحمد ابراهيم بك بند ٣٠٥ هامش رقم ١ ب ص ١٩٠ .

(٢) يراجع أنفع الوسائل ص ٤٢ ؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٤٩٦ — خصوصا وقد تغير الزمن وأصبح السفر ميسراً مأمونا وبذلك ضعفت حجة من قالوا بالمنع لأنه يحق لنا أن نقول ان الزمن قد تغير فيفتى بأن للزوج الانتقال بزوجته . يراجع ابن عابدين المرجع السابق ؛ وشرح الأحوال الشخصية للاستاذ محمد زيد بك جـ ١ ص ٢٣٠ و ٢٣١ .

(٣) وقد كانت بعض المحاكم الشرعية تقضى بأن للزوج الانتقال بزوجته فيما هو دون مسافة السفر الشرعى (مسافة القصر) ، حكم محكمة المنيا الشرعية فى ٢١ مارس سنة ١٩٠٥ بمجلة الأحكام الشرعية س ٤ ص ١٧ . فاذا زادت مسافة السفر على مسافة السفر الشرعى فلا تجبر الزوجة على الانتقال مع زوجها ، حكم محكمة مديرية دنقلة بالسودان فى القضية رقم ١٣٢ سنة ١٩٠٣ ، تراجع مذكرة محكمة عموم السودان الصادرة فى ١٨ يوليه سنة ١٩٠٣ والمنشورة بمجلة الأحكام الشرعية س ١ ص ١٠١ حيث أشارت إلى هذا الحكم فى أولها . ولكن هذا الرأى قديم هجره القضاء الشرعى بعد ذلك إلى ما هو مذكور بالمتن .

عليها ولا خوف عليها ولا على مالها إذا سافرت معه (١) ، وأنه إذا كان طلب الزوج نقل زوجته إلى جهة أخرى يراد به مضارتها فلا يجاب إلى طلبه (٢) .

والرأى الذى ذهب اليه القضاء الشرعى فى مصر هو ما صار توجيه القضاء الشرعى بالسودان اليه بالمذكرة القضائيــة لمحكمة عموم السودان الصادرة فى ١٨ يوليه سنة ١٩٠٣ (الموافق ٢٢ ربيع الآخر سنة ١٣٢١)(٣) ؛ فقد أخذت بالرأى الذى سبق أن بيناه وهو الذى يقضى بأن القاضى ينظر فى خصوص الوقائع وهو عين ما اتفق عليه فقهاء المذاهب كما تقدم (٤) .

(١) حكم محكمة الجمالية الشرعية الصادر فى ١٥ جمادى الأولى ســنة ١٣٣٨ (٥ فبراير سنة ١٩٢٠) المنشور بمجلة القضاء الشرعى س ١ ص١٦٥ وما بعدها . وقد تأيد هذا الحـكم استئنافياً بأسبابه — المرجع السـابق — وقد بحثت المحـكمة الموضوع فى أسباب حكمها بوضوح تام فليراجع .

(٢) حكم محكمة مصر الشرعية فى ٢١ شوال سنة ١٣٤٣ (١٤ مايو سنة ١٩٢٥) المنشور بمجلة القضاء الشرعى س٣ ص١٥٥ . وقد استؤنف هذا الحـكم وقضت محكمة مصر الابتدائية الشرعية فى ٥ صفر ســنة ١٣٤٤ (٢٤ أغسطس سنة ١٩٢٥) فى الاستئناف بالغاء الحـكم الابتدائى الا أنهــا لم تنازع محكمة أول درجة فى أن للزوج أن ينتقل بزوجته ما لم يكن قاصداً مضارتها وانما نازعتها فى تطبيق الحادثة وقالت انه لم يقم دليل كاف يدل على قصد الزوج الاضرار بزوجته ، وبذلك يبقى المبدأ الفقهى مسلماً — يراجع الحـكم الاستئنافى فى مجلة القضاء الشرعى س٣ ص ١٥٨ وتعليق المجلة بالهامش رقم ١ ص ١١٥ من نفس المجلد.

(٣) رقم ١٢٠ مذكرات وقد نشرت بمجلة الأحكام الشرعية س ١ ص ١٠١ و ١٠٢ .

(٤) وقد أفاضت هذه المذكرة فى بيان ذلك وأشارت بجلاء الى ما يقيد حق الزوج فى الانتقال بزوجته وصرحت بأن من القيود ما يرجع للزوج ومنها ما يرجع لملابسات السفر كما تقدم فى المتن فقالت ما نصه : « ولما كانت مصلحة الزوجين من النقلة وعدمها لا تتحدد ولا تنضبط أطلقوها من غير بيان وجهها اعتماداً على فطنة القاضى وعدالته وحكمته فان من البين أن مجرد كون الزوج فى شخصه مأموناً على زوجته لايكفى لتحقق المصلحة فى الاجبار على النقلة بل لا بد من مراعاة أحوال أخرى ترجع الى الزوج والى الزوجة والى البلدان المنقول منها والمنتقل اليها كأن يكون الباعث على الانتقال مصلحة يعتد بها قلما يمكن الحصول عليها بدون الاقتراب . وكأن يكون الزوج قادرا على نفقات ارتحالها كأمثالها وفى يده فضل يغلب على الظن أنه لو اتجر فيه مثلاً لربح ما يعدل نفقتــه ونفقة عياله أو صناعة فنية تقوم بمعاشه ومعاشهم وكأن يكون الطريق بين البلدين مأمونا على النفس والعرض والمال وكأن تكون الزوجة بحيث تقوى على

ثانيا — فى حق التأديب

للرجل حق تأديب زوجته ، وهذا الحق فرع عن كون الرجال قوامين على النساء (١) . وأساس هذا الحق فى التشريع يرجع إلى قوله تعالى فى سورة النساء « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » (٢) .

وشرط التأديب أن تكون المرأة ناشزاً (٣) . إلا أن الفقهاء عمموا ذلك

احتمال مشقة السفر من بلدها إلى المكان الذى يريد نقلها اليه وكأن لا يكون المحل الذى يريد نقلها اليه بطبيعته منبعاً للحميات والأوبئة والأمراض وكأن لا يكون الاختلاف بين البلدين فى الحرارة والبرودة مثلا مما لا تحتمله الأمزجة والطباع وكأن تكون كرامة الزوجة فى موضع نقلها محفوظة ككرامتها فى محلها الأصلى وكأن لا يلحقها بسبب الانتقال ضرر مادى أو أدبى إلى كثير من الاعتبارات التى يلزم ملاحظتها فى مثل هذه الظروف وتختلف باختلاف الأشخاص والمواطن ولا تخفى عن القاضى الفطن . . . » — ونقول ان هذا من خير ما يقال تفصيلا فى هذا الموضوع .

(١) الطبرى ج ٥ ص ٣٥ .

(٢) سورة النساء آية رقم ٣٤ . ويراجع تفسيرها فى البيضاوى ص ١١١ ؛ والكشاف ج١ ص ٣٦٣ ؛ والطبرى ج ٥ ص ٣٧ وما بعدها ؛ والألوسى ج ٥ ص ٢٢ وما بعدها — وقد استدل على قيام هذا الحق أيضاً من قوله تعالى « وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث إنا وجدناه صابراً نعم العبد إنه أواب » سورة ص آية رقم ٤٤ . ففى هذه الآية دلالة على أن للزوج أن يضرب امرأته تأديباً ، يراجع ذلك فى أحكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ٣٨٣ حيث ذكر السياق الذى وردت فيه هذه الآية مما يؤخذ منه جواز تأديب الرجل لزوجته — وكذلك ما روى عن النبي (ص) أنه قال فى حجة الوداع « استوصوا بالنساء خيراً فانما هن عندكم عوان ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فان فعلن فاهجروهن فى المضاجع واضربوهن ضرباً غير مبرح فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا . . . » يراجع نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٦٤ .

(٣) وحمل قول الآية « تخافون نشوزهن » على أن المقصود به « تعلمون نشوزهن » وقال البعض ان المقصود ان رأيتم منهن ما تخافون معه نشوزهن — وأصل معنى النشوز الارتفاع والمقصود به فى الآية ترفعهن عن مطاوعة أزواجهن وعصيانهن لهم . يراجع الطبري ج ٥ ص ٣٧ و٣٨ ؛ والألوسى ج ٥ ص ٢٢ و٢٣ ؛ ونيل المرام ص ١٣٩ ؛ وأحكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ١٨٩ .

حتى شمل غير حالة النشوز فقالوا ان للزوج أن يؤدب زوجته على كل معصية لم يرد فى شأنها حد مقرز (١) . وقد أدى هذا التوسع فى نطاق حق التأديب إلى أن اعتبره فقهاء الشريعة الاسلامية نوعا من التعزير الذى للقاضى على الناس كافة (٢) . وبذلك صار للزوج حق تعزير زوجته كما للقاضى حق تعزير أفراد الناس (٣). ولكن تعزير الزوج لزوجته يتقيد بقيود يتميز بها عن تعزير القضاء فاذا خرج الزوج عن هذه القيود صار متعدياً ، وترتبت على ذلك أحكام توجب مؤاخذته عما وقع منه ، وتضمينه ما قد ينشأ عن فعله ، وحقوق للزوجة قبله .

المبحث الأول — فى قيود حق التأديب

يتقيد هذا الحق بما تتقيد به الحقوق فى الشريعة الاسلامية عموماً ؛ فهو يتقيد فى جواز استعماله ابتداء وحدود هذا الاستعمال بأن يكون استعماله متفقاً مع الغرض المقصود من تشريعه ، وبأن لا يتسبب عنه ضرر بالزوجة . ولنتكلم على هذين الوجهين .

الوجه الاول — أن يكون استعماله متفقاً مع الحكمة المقصودة من تشريعه

شرع حق التأديب لاصلاح حال المرأة إذا ما ظهر لزوجها أنها خرجت عن سواء السبيل (٤) . وهذا المقصود هو الذى يحدد استعمال هذا الحق ؛ فهو

(١) البدائع ج ٢ ص ٣٣٤ ؛ والبحر ج ٥ ص ٥٣ . وتراجع المادة ٢٠٩ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا .

(٢) ومما يدل على ذلك أنهم قالوا ان شرط تأديب الزوج لزوجته أن لا يكون الأمر الذى ارتكبته رفع إلى الامام فان كان كذلك فالامام هو الذى يتولى زجرها وإذا رجا صلاحها على يد زوجها وكل اليه ذلك — مواهب الجليل ج ٤ ص ١٥ ؛ ومنح الجليل ج ٢ ص ١٧٦ .

(٣) وقد عبر الفقهاء عن حق الزوج هذا بأنه تعزير — يراجع البدائع والبحر المرجعان السابقان ؛ والزيلعى ج ٣ ص ٢١١ ؛ ومجمع الأنهر ج ١ ص ٦٢٠ .

(٤) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٥ ؛ ومنح الجليل ج ٢ ص ١٧٦ ؛ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ٤٤ و ٤٥ ؛ وكشاف القناع ج ٣ ص ١٢٥ .

لايجوز أصلا إذا كان لغيره ، كأن كان انتقاماً منها ولمجرد الايذاء[١]. وحتى إذا قام سببه فانه يتقيد فى كيفيته بما يرجى معه تحقيق هذا المقصود لأنه — كما يقول صاحب منح الجليل — « وسيلة إلى إصلاح حالها والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتب المقصود عليها »[٢]. ومن أجل ذلك كانت وسائل التأديب الواردة بالقرآن الكريم هى الوعظ والهجر فى المضجع والضرب، وهذه الوسائل متنوعة ومرتبة ترتيباً تصاعدياً بحيث لا يجوز استعمال إحدى الوسائل إلا إذا استنفدت الوسيلة التى قبلها وظهر أنها لا تفيد[٣]. فاذا أفادت إحدى الوسائل لم يجز العدول عنها لما هو أشد منها وذلك بدليل النص « فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » .

وهذا التنوع والترتيب فى العقوبة يرجع إلى تنوع طبائع الناس ، فمن النساء من يكفيها الوعظ ، ومنهن من لا يصلح حالها إلا بأشد من ذلك . ويظهر هذا المعنى جلياً عند تتبع الأدوار التى مر عليها حق التأديب قبل أن تستقر أحكامه تشريعاً ، فقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم أولا عن ضرب النساء، فكان ذلك مدعاة لنشوز بعضهن، فلما علم بذلك أباح الضرب[٤]. وهذا يدل على أن النبى صلى الله عليه وسلم ما أباح الضرب إلا لما وجد أن من النساء من لم يجد معهن ما هو أقل من الضرب من وسائل التأديب[٥]. وعلى ذلك تختلف وسائل التأديب باختلاف الأشخاص .

على أن اعتبار حق الزوج فى تأديب زوجته فرعا عما للقضاء من حق

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) منح الجليل ج ٢ ص ١٧٦ .

(٣) البدائع ومواهب الجليل ومنح الجليل ونهاية المحتاج وكشاف القناع المراجع السابقة ؛ والخرشى ج ٤ ص ٨ .

(٤) يراجع ذلك فى نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٦٥ .

(٥) وقد نزلت آية التأديب المتقدم ذكرها بعد ذلك — نيل الأوطار المرجع السابق ؛ والأم ج ٥ ص ١٧٦ .

التعزير يؤدي إلى القول بأن تأديب الزوج لزوجته إذا كان يتقيد فى أشده بالضرب (بالقيود التى سنذكرها فيما بعد) فانه لا يتقيد فى حده الأدنى بأن يكون إما وعظاً أو هجراً فى الفراش ، ذلك أن طريقة التعزير متروكة لتقدير القاضى ، وتختلف باختلاف الأشخاص ، فمن الناس من تكفه الاشارة ، ومنهم من يكفه الاعلام ، ومنهم من لا يعظه إلا ما كان أشد من ذلك (١) . ولذلك قالوا انه إذا كان مجرد إيهام الزوجة بايقاع وسيلة من وسائل التأديب بها كافياً لاصلاحها فلا يجوز العدول عن ذلك إلى إيقاع الفعل بها (٢) .

الوجه الثانى — <u>أن لا يترتب على التأديب ضرر بالزوجة</u>

والمقصود بالضرر هنا هو الضرر الزائد على الحد أو الضرر الفاحش (٣) لأن التأديب ضرر على أى حال ، إلا أنه ضرر دعت اليه ضرورة الاصلاح والضرورة تقدر بقدرها . وعلى ذلك يكون التأديب بما يزيد على القدر اللازم للاصلاح إساءة تستوجب الجزاء الذى سنتكلم عنه فيما بعد . وكما قلنا ان اللازم من التأديب يختلف باختلاف الأشخاص نقول ان ذلك يقابله أن ما يعتبر ضرراً ممنوعاً يختلف أيضا باختلاف الأشخاص بيئة وأخلاقا وتربية ، فرب زوجة لا يعتبر ضربها من زوجها إضراراً لها ، وأخرى يكون مجرد هجرها أو جرح عواطفها إضراراً بليغاً بها ، ولذلك كان تقدير الضرر الذى يلحق الزوجة من زوجها ويترتب عليه التفريق — كما سيجىء — متروكا للقضاء نظراً لاختلاف البيئات وتنوع التربية (٤) .

---

(١) الزيلعى ج ٣ ص ٢٠٧ ؛ ومجمع الأنهر ج ١ ص ٦١٧ ؛ والبحر ج ٥ ص ٤٤ ؛ ومنحة الخالق على هامشه .

(٢) نيل الأوطار المرجع السابق .

(٣) ويلاحظ أن الضرر الفاحش الناتج عن استعمال حق من الحقوق من أوجه الاساءة بحسب أحكام الفقه الاسلامى كما تقدم ذلك عند الكلام على اساءة استعمال الحق فى الشريعة عموماً .

(٤) حكم محكمة الجمالية الشرعية فى ١٧ سبتمبر سنة ١٩٣١ (٥ جمادى الأولى سنة ١٣٥٠ هـ) المحاماة الشرعية س ٣ ص ٤٧٣ رقم ١٢٨ .

وقد كان تقييد استعمال حق التأديب بعدم ترتب ضرر عليه من قبيل ما ذكرناه هو الذى دعا فقهاء الشريعة الاسلامية إلى أن يقولوا بالاجماع ان الضرب المباح للتأديب هو الضرب الذى لا يكون شديداً ولاشائناً (١)؛ حتى أنه إذا غلب على ظن الزوج أنها لا تترك النشوز إلا بضرب شديد لم يجز له أصلا أن يؤدبها بذلك(٢). كما حددوا الهجر فى المضجع بما لا يبلغ مدة الايلاء المقدرة شرعاً بأربعة أشهر (٣).

المبحث الثانى — فى جزاء الخروج عن قيود حق التأديب

إذا خرج الزوج عن القيود المتقدمة وأضر بزوجته بغير سبب شرعى، أو بما يزيد على القدر اللازم على مامر، كان متعديا وحق عليه الجزاء. وهذا الجزاء على أنواع تنتظم ما يأتى : —

أولا — زجر القاضى له وتعزيره بحسب ما يراه ملائما لذلك (٤).

ثانيا — إذا أحدث الزوج بزوجته مايسبب وفاتها كان مضمونا عليه ؛ لأن جواز تأديبه لها مشروط بشرط السلامة كما تقدم، والزوج ليس مأمورا

---

(١) البدائع جـ ٢ ص ٣٣٤ ؛ وأحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ١٨٩ ؛ ومواهب الجليل جـ ٤ ص ١٥ ؛ والبيجرمى جـ ٣ ص ٤٣١ ؛ والاقناع على هامشه ؛ وكشاف القناع جـ ٣ ص ١٢٥. ويلاحظ أن هذا القيد ورد صراحة فى الحديث الشريف السابق ذكره. نيل الأوطار المرجع السابق.

(٢) مواهب الجليل ومنح الجليل ونهاية المحتاج والبيجرمى المراجع السابقة.

(٣) مواهب الجليل المرجع السابق . .

(٤) مواهب الجليل جـ ٤ ص ١٦ ؛ ومنح الجليل جـ ٢ ص ١٧٧ ؛ والخرشى جـ ٤ ص ٨ ؛ والبيجرمى جـ ٣ ص ٤٣٣ و٤٣٤ ؛ والاقناع على هامشه ص ٤٣٣ ؛ ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ٤٥ ؛ وابن عابدين جـ ٣ ص ٢٦٢ . وقد قضت محكمة تلا الشرعية بحكمها الصادر فى ١٤ ذى القعدة سنة ١٣٤٨ (١٣ ابريل سنة ١٩٣٠) بمنع زوج من تنفيذ حكم الطاعة على زوجته زماناً ما تعزيراً له وزجراً استناداً على ما صرح به فقهاء الشريعة من أن التعزير ليس فيه عقوبة مقررة بل الرأى فيه مفوض للقاضى فله حق التعزير بما يراه زاجرا . يراجع الحكم بمجلة المحاماة الشرعية س ١ ص ٩١١ رقم ٢٣٣ .

بضرب زوجته حتى يقال لا يضمن ، وإنما هو مأذون فى ذلك فقط بالقيود المتقدمة (١) . والقياس على هذا يقتضى ضمان الزوج لما يحدثه بها فيما دون الموت (٢) .

ثالثا — للزوجة، طبقا لمذهب الامام مالك، أن تطلب التطليق من زوجها بسبب الضرر، ولها أن لا تطلب ذلك اكتفاء بزجر القاضى وتعزيره له(٣). وعند الشافعية إذا ساء خلق الزوج مع زوجته وآذاها (بالضرب مثلا) بغير سبب ، ولم ينفع معه نهى القاضى له فانه يحال بينهما بلاطلاق حتى يعود الزوج للعدل ، وتستمر النفقة واجبة على الزوج فى هذه المدة (٤).

---

(١) الزيلعى ج ٣ ص ٢١١ ؛ والبحر ج ٥ ص ٥٣ ؛ وابن عابدين ج ٣ ص ٢٦٢ .

(٢) يراجع مواهب الجليل ج ٤ ص ١٥ حيث أورد ما نصه « من ضرب امرأته عمداً قضى عليه بما جرى من حق وهو يختلف باختلاف البلدان » و « من ضرب زوجته ثم اصطلحا بعطاء فهو لازم له » .

(٣) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٦، والخرشى ج ٤ ص ٨.

وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بجواز التطليق للضرر نقلا عن مذهب الامام مالك وذلك فى المادة السادسة منه ، وسيأتى ذكرها فيما بعد . ويراجع فى تطبيق هذه المادة حكم محكمة الجمالية الشرعية الصادر فى ١٧ سبتمبر سنة ١٩٣١ (٥ جمادى الأولى سنة ١٣٥٠) والسابق الاشارة اليه) .

(٤) يراجع فى ذلك نهاية المحتاج ج ٦ ص ٤٥ ؛ والبيجرمى ج ٣ ص ٤٣٤ .

وقد أثار هذا الموضوع خلافا شديداً بين بعض العلماء المعاصرين وذلك لمناسبة صدور حكمين متناقضين فى موضوع الاشكال الذى يرفع من الزوجة فى تنفيذ الحكم الصادر عليها بطاعة زوجها ويكون الاشكال مستنداً إلى أن زوجها يضربها ويؤذيها. فقد حكمت محكمة منوف الشرعية برفض هذا الاشكال مستندة الى أن الزوجة ليس لها الامتناع عن تسليم نفسها لزوجها «الا لأسباب معينة ذكرت فى كتب الفقه ولم يرد من بينها أن ضرب الزوج وايذاءه لزوجته يمنحها الحق فى عدم تسليم نفسها اليه » — حكم صادر فى ٢ جمادى الأولى سنة ١٣٤٠ (٣١ ديسمبر سنة ١٩٢١) مجلة القضاء الشرعى س١ ص٧٠ — وحكمت محكمة أبو تيج الشرعية بقبول هذا الاشكال ووقف تنفيذ حكم الطاعة مستندة الى أن الفقهاء نصوا على أن من بين شروط وجوب طاعة الزوجة أن يكون زوجها أميناً عليها فى نفسها ولا أمانة عليها مع الضرب المبرح — حكم صادر فى ٥ ربيع الأول سنة ١٣٤١ (٢٥ اكتوبر سنة ١٩٢٢) مجلة القضاء الشرعى س ١ ص ٣١٥ . فنشرت عدة بحوث منها ما يؤيد ما ذهبت اليه محكمة منوف

الفصل الثانى

فى المباشرة الجنســـية

قدمنا أن الغرض الأصلى من شرعة النكاح هو ضمان التناسل وحفظ النسل والقيام عليه على الوجه الأكمل، وأن التناسل سبيله اجتماع الذكور بالأناث، والزواج هو طريقة تنظيم هذا الاجتماع ليتحقق الغرض المقصود منه. ومن أجل ذلك كان من أحكام النكاح حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر. وهذا الحل مشترك بينهما، فان المرأة كما تحل لزوجها فزوجها يحل لها (١).

والفعل المادى لاستمتاع أحد الزوجين بالآخر لا يمكن أن ينفرد به

ومنها ما يؤيد ما قضت به محكمة أبو تيج. فمن الرأى الأول مقالان بامضاء (زفر) نشرا فى مجلة القضاء الشرعى س ١ أولهما ص ٣٦٧ بعنوان « حول الاشكال فى تنفيذ طاعة الزوج يضرب ويؤذى » والثـانى بنفس العنوان بالمجلة نفسها ص ٥٩٩ وله تصحيح بصفحة ٦٧٠ منها. ومن الرأي الثانى مقال للشيخ محمود عرنوس بعنوان « بحث وملاحظة » بالمجلة نفسها ص٥٢٢ ومقال آخر عنوانه « حول بحث ضرب المرأة وايذائها » بامضاء « أبو يوسف » بالمجلة نفسها ص ٥٢٧. وقد اختط الأسـتاذ أحمد أمين سبيلا وسطاً بين الرأيين فى مقال له عنوانه « ضرب الزوجة » بنفس المجلة ص٤٥٨ قال فيه بوجوب التفريق فى الحـكم ومراعاة الظروف المحيـطة بالضرب وذلك يؤدى الى الأخذ برأى محكمة منوف فى بعض الحالات وبرأى محكمة أبوتيج فى حالات أخرى بغيرتناقض. وهذا الرأى الأخير هو الأصوب فى الموضوع على مانرى. ويراجع فيما يوافق هذا الرأى حكم محكمة الجمالية الشرعية الصادر فى ١٧ سبتمبر سنة ١٩٣١ والسابق الاشارة اليه.

على أن هذا الموضوع لم تصبح له أهمية عملية كبيرة بعد صدور القانون رقم ٢٥ لسنة١٩٢٩ الذى أباح التطليق للضرر. ومع ذلك يراجع حكم محكمة تلا الشرعيـــة الصادر فى ١٣ ابريل سنة ١٩٣٠ والسابق الاشارة اليه.

(١) البدائع جـ ٢ ص ٣٣١.

أحدهما، بل لابد من مشاركتهما معا حتى يحصل هذا الاستمتاع. وهذه المشاركة تدعو اليها طبيعة الفعل ذاته. ومن أجل ذلك يتعين البحث فى طبيعة هذا العمل من الناحية الفقهية بالنسبة لكل منهما عند البحث فى تحديد مركز كل من الزوجين قانوناً بالنسبة لصاحبه. وبعبارة أخرى يتعين البحث أولا فيما اذا كان الاستمتاع — وهو السبيل المؤدى للتناسل الذى هو الغرض الأصلى من النكاح كما تقدم — حقاً أو واجباً. وهنا نبدأ بالقول بأنه لا وجوب فى ذلك (١). ونعيد ماسبق أن قلناه من أن الشهوة الجنسية طبيعية فى الانسان، يقوم الشخص باشباعها لمصلحته الخاصة، وهو ليس فى حاجة الى أن يحث عليها، فداعية الطبع هنا تقوم مقام الوجوب الشرعى. ويبقى بعد ذلك القول بأن المباشرة الجنسية حق. وهنا يمكن التساؤل عما اذا كانت حقاً متبادلا لكل من الزوجين قبل صاحبه، أو أنها حق لأحدهما وواجب على الآخر، وفى هذه الحالة الأخيرة من هو صاحب هذا الحق ومن المثقل بالواجب المقابل له ؟

وقد اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية فى ذلك الى فريقين، فقال بعضهم ان المباشرة الجنسية حق لكل من الزوجين فى مواجهة صاحبه، بحيث يكون لأيهما مطالبة الآخر بالوطء ويجبر عليه قضاء. ومن هذا القول المالكية والحنابلة وأهل الظاهر (٢). ووجه هذا القول هو أن النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما، وهو مفض الى دفع ضرر الشهوة عن المرأة كافضائه الى دفعه عن الرجل، فيكون الوطء حقاً لهما جميعاً (٣). وأصحاب هذا

(١) والمقصود بالوجوب هنا هو أن يكون الواجب على الطرفين بحيث أن تراضيهما على ترك هذا الفعل لا يخليهما من هذا الواجب.

(٢) يراجع فى ذلك مواهب الجليل ج ٤ ص ١١؛ ومنح الجليل ج ٢ ص١٧٠و١٧١؛ وكشاف القناع ج ٣ ص ١١٤؛ وشرح المنتهى ج ٣ ص ١٦٦؛ وابن تيمية فى فتاويه ج ٢ ص ٢٣٤ والمحلى ج ٩ رقم ١٨٨٦ و ١٨٨٧ ص ٤٠ — وقد قالوا ان طلب المرأة الوطء عند الحاكم لا يناقض الحياء الممدوح ولا المروءة المستحسنة لانه مقصود النكاح فاذا عقدته علم الكل أنه له فاذا تعذر جاز طلبه دينا وحسن مروءة. يراجع فى ذلك مواهب الجليل ج ٤ ص ١١.

(٣) كشاف القناع المرجع السابق.

الرأى متفقون على أن للزوج أن يباشر زوجته فى أى وقت مالم يكن بها عذر شرعى كنفاس أو حيض أو مرض ... الخ؛ الا أنهم اختلفوا فيما يقضى به على الرجل من الوطء تنفيذاً لحق المرأة قبله.فقال بعضهم يلزم الزوج بمباشرة زوجته كل أربعة أشهر مرة على الأقل وذلك قياساً على مدة الايلاء المقدرة شرعا بأربعة أشهر وسيأتى الكلام عنها فيما بعد (١) . ومنهم من قال بأن أقل ما يقضى به على الزوج مرة كل أربع ليال لأن له أن يتزوج أربع نسوة والقسم بينهن يجعل لكل واحدة ليلة.ومنهم من قال مرة كل ثلاث ليال أخذا من قوله تعالى « للذكر مثل حظ الأنثيين » . ومنهم من قال فى كل طهر مرة اتباعا لقضاء أمير المؤمنين عمر بن الخطاب . وأساس هذا الرأى أن الجماع مرة فى الطهر يحبل المرأة (٢) . ومنهم من ترك تقدير ذلك تبعا لحال كل من الزوجين (٣) .

ويرى البعض الآخر من الفقهاء أن المباشرة الجنسية حق خالص للزوج وواجب على الزوجة . ومن هذا الرأى الشافعية (٤) والحنفية (٥) . ولا يجب على الزوج قضاء الا مرة واحدة فى العمر (٦) . والظاهر من قول فقهاء الزيدية أنهم كالشافعية والحنفية فى ذلك (٧). وقد انتقد هذا الرأى الأخير بأنه يتنافى

---

(١) يراجع فى هذا الرأى كشاف القناع وشرح المنتهى وفتاوى ابن تيمية المراجع السابقة.

(٢) يراجع فى ذلك مواهب الجليل ومنح الجليل والمحلى المراجع السابقة .

(٣) فتاوى ابن تيمية ج ٢ ص ٢٣٢ - وقد أوضح ذلك فى الاختيارات العلمية لابن تيمية بأنه يجب على الزوج وطء امرأته بقدر كفايتها ما لم ينهك بدنه أو تشغله عن معيشته غير مقدر بمدة فان تنازعا ينبغى أن يفرضه الحاكم كالنفقة . تراجع الاختيارات ص ١٤٦ .

(٤) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٣٨ و ١٥٤ و ج ٦ ص ٣٦ ؛ وحاشية الشبراملسى على هامشة ج ٥ ص ١٣٨ .

(٥) البدائع ج ٢ ص ٣٣١ ؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٣٥٥ و ٣٥٦ .

(٦) ابن عابدين ج ٢ ص ٤٧١ ؛ وفتح القدير ج ٢ ص ٥١٨ — وتراجع المادة ١٥١ من قانون الاحوال الشخصية لقدرى باشا .

(٧) يراجع المنتزع ج ٢ ص ٣١٠ و ٣١٢ والتعليقات التى بالهامش .

مع الطبيعة البشرية ، ومع النصوص الفقهية الأخرى التى تبيح لخيار اللمرأة اذا كان الزوج عنيناً والتى تلزمها بالمحافظة على عفتها، وبذلك يلحقهاضرر كبير[1].
الا أن القول بأن المباشرة الجنسية حق لـكل من الزوجين قبل الآخر مسألة فيها نظر ، لأن الفعل المادى المكوّن لها لا يمكن أن ينفرد به أحد الطرفين ، بل لابد من اشتراكهما معا كما تقدم ، فكيف يكون الفعل الواحد الذى لا يمكن أن يقع الا من شخصين معا حقا وواجبا فى نفس الوقت بالنسبة لهذين الشخصين ؟ لا يمكن أن يكون ذلك لأن القول به يؤدى الى التعارض الذى يهدم الحقين معا ؛ ذلك أن للحق مظهرين: مظهراً ايجابياً فى استيفائه، وآخر سلبياً فى الامتناع عنه ففى هذه الصورة التى لدينا اذا أراد أحد الزوجين أن يستوفى حقه وامتنع الآخر فكيف يكون الحل وكل منهما يتصرف فى خالص حقه ؟ اذن لا بد منعاً للتناقض من أن نقرر أن المباشرة الجنسية حق لأحدهما وواجب على الآخر . والحق هنا للزوج لأنه حق له باتفاق المذاهب والخلاف فى الزوجة فقط .

وعلى هذا الأساس أى على أساس أن المباشرة الجنسية حق للزوج وواجب على الزوجة نبحث فى مدى استعمال هذا الحق وما يتقيد به[2].

---

(١) يراجع كلافل (Clavel) جـ ١ بند ١٧٥ — ويقول هذا المؤلف ان الحنفية وحدهم هم الذين يقولون أن للزوج حق الامتناع عن اتيان زوجته وعد الشافعية ممن يقولون بالعكس — بند ١٧٦ من مؤلفه المشار اليه — وهو قول غير صحيح كما تقدم فى المتن .

(٢) على أن الخلاف المتقدم فى اعتبار المباشرة الجنسية حقا للزوج أو أنها حق متبادل بين الزوجين — هذا الخلاف مقصور على الناحية القضائية فقط وأما ديانة فباتفاق المذاهب هو حق لـكل من الزوجين قبل الآخر. تراجع المراجع السابقة ؛ والبحر جـ ٣ ص ٢٣٥ ؛ وفتح القدير جـ ٢ ص ٥١٨ ؛ والشرنبلالى فى رسالة القسم ص ١٩٨ شمال — ويلاحظ أن التعارض الذى أشرنا اليه فى المتن لا محل له هنا لان هذه مسألة خارجة عن سلطان القضاء وتقديره المحدود المدى وهى ترجع الى العدل الالهى المطلع على النيات وهى أساس الحل والحرمة اذ لا تقصير مع العذر .

المبحث الأول — فيما يباح عمله تطبيقاً لهذا الحق

أول ما يتقيد به حق الزوج فى مباشرة زوجته هو أن يكون عمله مطابقاً لما يقضى به الشرع، وما يقضى به الشرع فى ذلك هو ما يوافق الحكمة التى من أجلها صار الاجتماع الجنسى وهى التناسل. وبذلك كان الاجتماع الجنسى المباح هو الاجتماع المؤدى عادة للتناسل. وهو ما أمر به فى القرآن الكريم فى قوله تعالى « فأتوهن من حيث أمركم الله » [1] و « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم » [2]؛ فان الآية الثانية مفسرة للأولى ومبينة لما أمر الله به، وهذه الآية الأخيرة تدل على أن الاتيان المأمور به هو المؤدى للتناسل لأن الحرث هو مكان الانتاج [3]. وهذا هو مدى ما يباح عمله شرعا، فهو محدد فى نطاقه المادى بما يتفق والحكمة الغائية لهذا الحق.

المبحث الثانى — فيما يتقيد به استعمال هذا الحق

ان استعمال هذا الحق يتقيد هو الاخر بما تتقيد به الحقوق فى الشريعة الاسلامية عموماً، وهو أن لا ينتج عن استعمالها ضرر. واذا لوحظ أن الشهوة الجنسية قائمة بالمرأة كقيامها بالرجل تبين أن امتناع الزوج عن اتيان زوجته قد يؤدى الى الاضرار بها. وصورة الامتناع هذه من مظاهر اعتبار المباشرة الجنسية حقاً للزوج، فان مقتضى هذا الاعتبار أن يكون للزوج استيفاء هذا الحق أو الامتناع عن ذلك، وفى الحالتين يعتبر متصرفا فيما له حق فيه. ولم

---

(١) سورة البقرة آية رقم ٢٢٢ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٣ .

(٣) يراجع فى ذلك الكشاف جـ ١ ص ٢٦٤ ؛ والبيضاوى ص ٤٨ ؛ وأحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٣٥١ وما بعدها ؛ ونيل المرام ص٥٢ و ٥٣ ؛ والخرشى جـ ٣ ص ١٩٣.

يقتصر تقييد الشارع لحق الزوج هذا على مظهره الايجابى وانما شمل أيضاً المظهر السلبي ولبيان ذلك نقول .

أولا — فى المظهر الايجابى لهذا الحق.

يتقيد حق الزوج فى مباشرة زوجته بوجوب أن لا يجامعها جماعا يضر بها ،وبعبارة أخرى لايكون للزوج أن يطأ زوجته اذا كان الوطء يترتب عليه ضرر بالزوجة وذلك لحديث « لا ضرر ولا ضرار » (١).

ومظاهر الضرر التى قد تنشأ عن هذا الفعل كثيرة، وأظهرها عند ما تكون الزوجة بحيث لا تقوى على تحمل الفعل ، ولذلك نصوا على أنها لا تسلم لزوجها فى هذه الحالة ولو كانت بالغا (٢) . واذا دخل الزوج بزوجته وظهر أن الاجتماع الجنسى يضر بالزوجة اما لسبب خلق بهما أو لسبب طارىء فليس للزوج فى هذه الحالة أن يجامعها (٣) . وكذلك الحكم لو أفرط الزوج بحيث تضررت الزوجة ، فانه يحد من حقه بالقدر الذى يرتفع به الضرر (٤). وليست الفروض التى ذكرها فقهاء الشريعة للضرر الناشىء عن فعل الجماع هى الوحيدة فى هذا الموضوع، فهناك كثير غيرها مما لم يتجه تفكيرهم اليه فى زمنهم، ولعل أظهر مافى ذلك هو إصابة الزوج بمرض مما ينتقل بالاختلاط الجنسى .

---

(١) كشاف القناع جـ ٣ ص١١١؛ والمنتزع المختار جـ ٢ ص ٣١١ هامش رقم ٦ و ٧ ؛

(٢) رسالة العضل للشرنبلالى ص ٢١٥ يمين .

(٣) كشاف القناع جـ ٣ س ١١٠ ؛ وشرح المنتهى بهامشه جـ ٣ ص ١٦٠ .

(٤) كشاف القناع المرجع السابق — ويلاحظ أن فقهاء الشريعة الاسلامية لم يخرجوا هذه المنازعات من حيز سلطان القضاء بل انهم أجازوا الدعوى بهذه الامور وأجازوا للقاضى اذا تنازع الزوجان فى هذا الامر أن يفرصه كالنفقة كما أجازوا له عند البحث فى الضرر الناشىء عن فعل الجماع أن يستعين فى تكوين عقيدته بمن يراه من أهل الخبرة ممن يثق بهم . يراجع فى ذلك كشاف القناع جـ ٣ ص ١١٠ و ١١١؛ وكذلك الخرشى جـ ٤ ص ٢٢١ ؛ ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ٢٥٥ .

وقد افترض الفقهاء حالات يحدث فيها الزوج بزوجته أضراراً فى جسمها عند مايطأها، أو أن يكون اجتماعه بها مسببا لموتها، ونصوا على أن الزوج يضمن فى هذه الحالات وتلزمه الدية على حسب الأحوال. ووجه ذلك عندهم أن الزوج مأذون فى الوطء لافى احداث الضرر بزوجته أو قتلها فان تسبب فى شى من ذلك كان متعديا فيما يفعل ويكون مضمونا عليه [1].

ثانيا — فى المظهر السلبى لهذا الحق.

هنا تظهر الاساءة بشكل أوضح وذلك بامتناع الزوج عن غشيان زوجته، اذ انه بامتناعه يعطل عليها سبيل اشباع شهوتها الجنسية. ويظهر ذلك غالبا عند ما يكون الزوج متزوجا بأكثر من واحدة فقد يترك وطء إحدى زوجاته متعمداً الاضرار بها، وهذا الفعل غير جائز وحرام ديانة [2].

على أن جزاء المنع ليس مقصوراً على الحرمة الدينية، فقد فرضت الشريعة أحكاما تترتب على هذا العمل قضاء، وهذه الأحكام تنتظم فرعين هما: التطليق للضرر، وحكم الايلاء.

١ — التطليق للضرر

للزوجة طبقا لمذهب الامام مالك التطليق جبرا على الزوج طلقة واحدة تبين بها بسبب الضرر الذى يصيبها من زوجها. وقد مثلوا للضرر الذى من

---

(١) وهذا قول المالكية وأبى يوسف من الحنفية — يراجع فى ذلك فتاوى الشيخ عليش جـ ١ ص ٢٩٢ و ٢٩٣؛ وبدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣١٩ و ٣٢٠. ويرى الامامان أبو حنيفة ومحمد أن الزوج لا يسأل عن ذلك لانه مأذون فى الوطء شرعا فالمتولد منه لا يكون مضمونا كالبكارة — البدائع المرجع السابق؛ ورسالة الدية ص ٤٧ و ٦٥. الا أن هذا القول ان صح بالنسبة للبكاره فهو لا يصح بالنسبة لما يحدث من أضرار أخرى بالزوجة وتطبيق القواعد التى تقيد استعمال الانسان لحقه يؤدى الى ترجيح قول الامام أبى يوسف على قول زميليه.

(٢) تراجع المدونة جـ ٢ ص ١٩٨.

هذا القبيل بأن يقطع كلامه عنها أو يحول وجهه فى الفراش عنها (١). ومرجع ذلك فى التشريع حديث « لا ضرر ولا ضرار » الذى تقدمت الاشارة اليه مرارا (٢). وتطبيق هذا الأصل على الفروض المختلفة الممكن تصورها للضرر يجعلنا ندخل فى حكم ذلك الحالة التى سبق ان تكلمنا عنها وهى حالة ما اذا كانت الزوجة تتضرر من اتيان زوجها اياها لسبب مما تقدمت الاشارة اليه.

وقد أخذ المشرع المصرى بقاعدة التطليق للضرر فى المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها :

« اذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة اذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما فاذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١ » (٣).

وقد قضى تطبيقاً لهذه المادة بأن الهجر فى المضجع مدة لا تحتملها الزوجة يبيح التطليق للضرر، وأن المناط فى التطليق بسبب الضرر وقوع ذلك الضرر ولا دخل لكونه باختيار الزوج أو قهراً عنه، ولا يمنع من التطليق توقع

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٧؛ ومنح الجليل ج ٢ ص ١٧٩ .

(٢) يراجع منح الجليل المرجع السابق . وعند الحنابلة اذا تعذر الوطء لعجز الزوج فهو كالنفقة اذا تعذرت فيفسخ والفسخ لتعذر الوطء أولى من الفسخ لتعذر النفقة — كشاف القناع ج ٣ ص ١١٤ .

ويرى الامام ابن تيمية أن « حصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتض للفسخ بكل حال سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد ولو مع قدرته وعجزه كالنفقة وأولى للفسخ بتعذره فى الايلاء اجماعا » تراجع الاختيارات ص ١٤٦ .

(٣) وقد أخذ مشروع تعديل قانون الاحوال الشخصية السابق الاشارة اليه بقاعدة التفريق بين الزوجين للضرر وبينت أحكام هذه الفرقة بالمواد ٢٢٩ الى ٢٣٥ من المشروع — يراجع الاحوال الشخصية للاستاذ أحمد ابراهيم بك بند ٤٧٥ ص ٣٢٥ و ٣٢٦ حيث أورد نص هذه المواد من المشروع .

زوال الضرر ما دام أنه قد وقع فعلا (١) .

ب — الايلاء

قد يحدث أن يمتنع الزوج عن إتيان زوجته عمداً بغير عذر لديه . وقد يظهر الزوج عزمه على ذلك بدليل ظاهر أو يؤكده فيحلف على ذلك فيقال له مول ويسمى عمله هذا إيلاء (٢) . وقد اتفق فقهاء الشريعة الاسلامية على أن من حلف بالله عز وجل أن لا يجامع زوجته مدة أكثر من أربعة أشهر كان مولياً (٣) . وحكم الايلاء أن الزوج اذا وطىء زوجته فى أربعة الأشهر انحل الايلاء ولزمته كفارة اليمين ، واذا مضت المدة ولم يجامع زوجته فانها تطلق منه طلقة بائنة بمجرد مضى المدة ، وذلك عند الحنفية (٤) . وأما عند باقى

(١) محكمة شبين القناطر الجزئية الشرعية فى ٨ جمادى الآخرة سنة ١٣٥١ (١٨ اكتوبر سنة ١٩٣٢) المحاماة الشرعية س ٤ ص ٣٢٨ رقم ١٠٥ — ومع ذلك يراجع حكم محكمة العياط الشرعية فى ٦ يناير سنة ١٩٣٠ (٦ شعبان سنة ١٣٤٨) فقد قضى بأن الضرر الموجب للتفريق بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ خاص بالضرر الناشىء عن الشقاق والتنافر بين الزوجين اللازم غير القابل للزوال الذى فى قدرة الزوج ازاله بالزوجة وفى قدرة الحكمين معالجته وليس فى قصر الزوج عن درجة البلوغ الشرعى وعدم امكان اتيان الزوجة لأن القصر عارض لا يلبث أن يزول متى صار الزوج مكافاً — المحاماة الشرعية س ١ ص ٥٢٨ .

(٢) والايلاء فى اللغة الحلف وقد اختص فى الشرع بالحلف على ترك جماع الزوجات بشروط مخصوصة — مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٣٢١ ؛ وأحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٣٥٥ ؛ وبداية المجتهد ج ٢ ص ٨٦ ؛ والبدائع ج ٣ ص ١٦١ .

(٣) رحمة الأمة ج ٢ ص ٩٣ ؛ والميزان للشعرانى ج ٢ ص ١٠٥ . وعند الحنفية مدة الايلاء من أربعة أشهر فصاعداً وذهب البعض إلى أن الحلف على ترك الجماع وقتاً ما وان كان أقل من اربعة أشهر يعتبر ايلاء يضرب فيه للمولى الأجل . ويرى البعض أن المولى هو من حلف أن لا يصيب امرأته على التأبيد . تراجع بداية المجتهد ج ٢ ص ٨٨ . وقد اختلفوا فيما إذا حلف بغير الله تعالى كالطلاق وايجاب العبادات والصدقة ... الخ . فقال الحنفية والشافعية انه يعتبر مولياً سواء كان ايلاؤه هذا بقصد الاضرار بها أو لمنع الضرر عنها كأن تكون مريضة ، وقال مالك لا يعتبر مولياً إلا اذا كان ذلك حال الغضب أو بقصد الأضرار بها ، وقال أحمد لا يكون كذلك إلا اذا كان قاصدا الاضرار — رحمة الأمة ج ٢ ص ٩٤ .

(٤) الهداية ج ٢ ص ٩ ؛ ومجمع الأنهر ج ١ ص ٤٤٢ .

الأئمة فلا تطلق بمضى المدة وانما للزوجة أن تطالبه إما بالوطء وإما بالطلاق فان امتنع عنهما طلق عليه الحاكم (١).

والأساس التشريعي للايلاء هو قوله تعالى فى سورة البقرة « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاؤا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » (٢).

وفى وقوع حكم الايلاء معنيان أولهما منع الضرر الذى يصيب المرأة من ترك الزوج جماعها (٣). وهذا المعنى ظاهر من أصل تشريع هذا الحكم، فقد كان أهل الجاهلية يؤلون السنة والسنتين وأكثر من ذلك يقصدون مضارة النساء،فنزلت الآية موقتة الايلاء بمدة أربعة الأشهر دفعاً للضرر عن الزوجة (٤). ولعل هذا المعنى هو الذى حدا بالمالكية والشافعية والحنابلة الى القول بأن الطلاق لا يقع بمجرد انقضاء المدة وانما بطلب الزوجة ولها أن تعفى زوجها من الوطء (٥). ولعل ذلك أيضاً وجه قول من قال بأن الزوج لا يكون مولياً الا بشرط أن يكون حلفه على وجه الضرر بها (٦). وهو أيضاً ما دعا الامام مالكا الى القول بأن حكم الايلاء يلحق الزوج اذا ترك

---

(١) رحمة الأمة المرجع السابق ؛ والميزان للشعرانى جـ ٢ ص ١٠٦ ونهاية ؛ المحتاج جـ ٦ ص ١٦٣ ؛ وكشاف القناع جـ ٣ ص ٢٢٢ و٢٢٣ .

ويروى عن الشافعى وأحمد رأى فى أن القاضى لا يطلق وانما يضيق على الزوج حتى يطلق — رحمة الأمة وميزان الشعرانى المرجعان السابقان . وهو قول أهل الظاهر — المحلى جـ ١٠ رقم ١٨٨٩ ص ٤٢ .وهناك رأى يقول أن الفيء يسقط عن الزوج الكفارة. يراجع فى ذلك مقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ٣٢٩؛ونيل المرام ص ٥٩ .

(٢) آية رقم ٢٢٦ و٢٢٧ .

(٣) يراجع المبسوط جـ ٦ ص ٥ حيث ذكر أن فى الايلاء معنى قطع الامساك بالمعروف على وجه الاضرار والتعنت .

(٤) مقدمات ابن رشد جـ٢ ص ٣٢٢ ؛ ونيل المرام ص ٥٨ .

(٥) كشاف القناع جـ ٣ ص ٢٢٢؛ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ١٦٣ و ١٦٤ .

(٦) مقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ٣٣١ و ٣٣٢؛وأحكام القرآن للجصاص جـ١ ص ٣٥٦.

الوطء بقصد الاضرار وان لم يحلف على ذلك لأنه سواء حلف أولم يحلف فالضرر واقع فى الحالتين جميعاً (١).

وأما المعنى الثانى فهو عقاب الزوج لأنه بامتناعه عن الوطء بغير عذر صار ظالما لتفويت حق زوجته فى الجماع (ديانة أو قضاء على رأى من يقول بأنه حق لها) (٢)، أو لاساءته فى استعمال حقه على اعتبار أن الجماع حق للزوج كما بينا . ولعل هذا المعنى الثانى هو ما دعا علماء الحنفية الى القول بأن الطلاق يقع بمجرد انتهاء المدة ، ويقع بائنا فلا يكون للزوج حق المراجعة .

* * *

هذا مدى ما يتقيد به حق المباشرة الجنسية وجزاء التجاوز فيه . وهذه القيود كما قدمنا ترمى الى منع الضرر الذى يلحق بالزوجة ، وعقاب الزوج على ما يقع منه من إساءة فى استعمال حقه تسبب هذا الضرر . ولكن منع الضرر مقصور على الضرر المستقبل برفع السبب المهيىء له وهو رابطة الزوجية، وجميع ما ذكرناه من الأحكام لا تأثير له فيما وقع من ضرر فى الماضى وليست كفيلة بتعويضه ، كما أن عقاب الزوج بالتطليق لا يقتصر أثره عليه فقط وانما ينسحب على الزوجة أيضا بزوال الزوجية وقد ينبنى عليه ضرر بالزوجة فى نفس الوقت ، فهو عقاب غير مقصور على المسيىء وهو الزوج فى هذه الصورة . فهل هناك من سبيل لعقاب الزوج المسيىء بما لا ينسحب أثره على الزوجة ؟ وهل فى الشريعة الاسلامية ما يسمح بتعويض الزوجة عما لحقها من ضرر فى الماضى من قبيل ما أشرنا اليه فى هذا المقام ؟

أما عن عقاب الزوج المسيىء فقد تعرض له فقهاء الشريعة بمناسبة الكلام على الزوج تكون له أكثر من زوجة فلا يعدل بينهن ويترك واحدة ويقيم

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٨٨ .

(٢) يراجع فى هذا المعنى البدائع ج ٣ ص ١٦١ .

مع الأخرى . وقد عرض العلامة ابن نجيم فى كتابه البحر الرائق لهـذا الموضوع، فبعد ان ذكر الخلاف الواقع فى وجوب الوطء على الزوج قضاء وبيّن أن الوطء يجب عليه أحيانا قال ان الزوج اذا ترك إحدى زوجتيه وأقام عند الأخرى فانه يأثم ويقضى عليه أن يستقبل العدل بينهما (فى المستقبل) فاذا عاد بعد ما نهاه القاضى أوجعه عقوبة وأمره بالعدل لأنه أساء الأدب وارتكب ما هو حرام عليه وهو الجور فيعزر فى ذلك واذا عزر فتعزيره يكون بالضرب ولا يعزر بالحبس لأن الحبس فى ذاته يفوت حق المرأة فيما يمضى من مدته [1] .

وأما عن تعويض المرأة عما فاتها وما أصابها من ضرر من جراء ذلك فلم نعثر على نص صريح فيه ، إلا أننا عثرنا على نصوص لفقهاء المالكية والحنابلة قد تمهد السبيل لذلك . فقد نص المالكية على أنه يجوز لاحدى زوجات الرجل أن تشترى يومها من ضرتها كما يجوز ذلك للزوج أيضا ويكون العوض عن الاستمتاع أو عن اسقاط الحق [2] . فكأنهم اعتبروا حق الزوجة فى الاستمتاع متقوما وأجازوا أخذ عوض عنه ، وما دام الأمر كذلك يمكننا القول بأن العوض يستحق على من يفوت هذا الحق على صاحبته بغير موجب ولو كان المتسبب فى ذلك هو الزوج ما دام قد ثبت أنه مسيء . والظاهر من قولهم أن المقصود بالشراء ليس مجرد حق القسم والبيتوتة وانما هو الحق فى الوطء بدليل أنهم قالوا انه مكروه ولكن شراء المرأة أشد كراهية من شراء الرجل لأن المرأة لا تدرى ما يحصل لها بما أعطت فقد لا يصيبها فى

---

(١) البحر جـ ٣ ص ٢٣٥ .

(٢) منح الجليل جـ ٢ ص ١٧٤ ؛ ومواهب الجليل جـ ٤ ص ١٢ ؛ والتاج والاكليل على هامشه فى الموضع المذكور . وقد قالوا ان فى تسميته شراء مسامحة لان المبيع لا يكون الا ذاتا وانما هو أسقاط حق — منح الجليل المرجع السابق .

تلك الليلة والرجل يدرى ما يحصل له (١).

وقد جاء فى كتاب الاختيارات العلمية عن الامام ابن تيمية أن مذهبهم لا يجوز أن تأخذ الزوجة عوضا عن حقها من المبيت وكذا العطاء، الا أن جامع هذا الكتاب علق على ذلك بقوله « ان قياس المذهب عندى جواز أخذ العوض عن سائر حقوقها من القسم وغيره لأنه اذا جاز للزوج أن يأخذ العوض عن حقه منها جاز لها أن تأخذ العوض عن حقها منه لأن كلا منهما منفعة بدنية وقد نص الامام أحمد فى غير موضع على أنه يجوز أن تبذل المرأة العوض ليصير أمرها بيدها (٢). ونقول ان فى هذا القول ما يؤيد ما استنتجناه من أقوال علماء المالكية.

---

(١) منح الجليل والتاج والاكليل المرجعان السابقان.

وقد عرض على القضاء المصرى قضية موضوعها يدخل فيما نبحث فيه فقد تزوج رجل ثم هجر زوجته فاستصدرت عليه حكما من البطركخانة بالنفقة ورفعت بعد ذلك دعوى أمام المحكمة الاهلية تطالب زوجها بتعويض لانه رفض مساكنتها ومعاشرتها بغير سبب فقضت لها المحكمة بتعويض على زوجها على أعتبار أن عقد الزواج يقضى على الزوج بعدة واجبات أدبية ومادية ومن ضمنها واجب القيام بمهام زوجته وحكم البطركخانة مبنى على عدم قيام الزوج بشىء من هذا الواجب الاخير ليس الا وأما حكم المحكمة بالتعويض فقد بنى على أمتناع الزوج عن الوفاء بما عدا ذلك من الواجبات الاخرى التى يقضى بها عقد الزواج وعلى الضرر الأدبى الذى يلحق بالزوجة من جراء ذلك وذكرت المحكمة من ضمن الواجبات التى على الزوج لزوجته أن يضمن لها طول عهد العشرة حياة اجتماعية لا تختلف عن حياته هو فى شىء راضيا اياها أن تكون أما امياله تاركها فى حل من التمتع بما يتبع ذلك من مسرات المعاشرة الزوجية.. يراجع حكم محكمة الاستئناف الأهلية الصادر فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية س ١٠ ص ٨٩ رقم ٣٩. ويلاحظ أن هذا الحكم قضى بالتعويض على أساس التقصير فى الواجب وليس الاساءة فى الحق وهذا يوافق حكم القانون الكنسى فى ذلك فهو يعتبر المباشرة الجنسية حقا لكل من الزوجين قبل صاحبه — يراجع فى ذلك المجموع الصفوى لابن العسال ص ٢٤٤ رقم ١٠٥. وقد سبق أن ذكرنا رأيا لفقهاء الشريعة الاسلامية يتفق مع وجهة النظر هذه فى هذا الموضوع. من هنا يظهر وجه الاشارة لهذا الحكم فى موضوعنا.

(٢) يراجع كتاب الاختيارات ص ١٤٧.

الفصل الثالث

فى حق الزوجة فى النفقة *

اتفق علماء المسلمين على أن النفقة حق للزوجة على زوجها [1] . وأساس ذلك من التشريع يرجع الى الكتاب الكريم والسنة الشريفة وإجماع المسلمين . فأما عن الكتاب فلقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف »[2] ،وقوله تعالى « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم »[3] ، وقوله « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله . . »[4] . وأما عن السنة فقد روى أن هنداً بنت عتبة زوجة أبى سفيان دخلت على النبى (ص) وقالت له « ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى بنى الا ما أخذت من ماله بغير علمه فهل على فى ذلك من جناح ؟ » فقال لها

---

* يدخل فى دراسة نفقة الزوجيــة عموما عدة أبحاث تتعلق ببيان من تستحق النفقة من الزوجات ومبدأ استحقاقها وموجبات سقوطها ونفقة زوجة الغائب ودين النفقة وهى تخرج عن موضوع بحثنا فلا نعرض لها . ومن شاء فليرجع اليها فى مواضعها من كتب الفقه التى سنشير اليها فى سياق البحث .

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٧ . ويراجع المنتزع المختار جـ ٢ ص ٥٣٢ ؛ والمحلى جـ١٠ ص٨٨ مسألة رقم ١٩٢٢ ؛ والنفقات للأستاذ أحمد ابراهيم بك بند ٤ .

(٢) سورة البقرة آية رقم ٢٣٢ وقد تقدمت الاشارة اليها .

(٣) سورة النساء آية رقم ٣٤ وقد تقدمت الاشارة اليها .

(٤) سورة الطلاق آية رقم ٧ . وكذلك قوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » الآية وقد تقدمت الاشارة اليها وقد قرأها ابن مسعود «أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم » وعلى هــذه القراءة تكون الآية نصا فى الموضوع — يراجع البــدائع جـ ٤ ص١٥ ؛ والمبسوط جـ ٥ ص ١٨١ ؛ وفتح القدير جـ ٣ ص ٣٢١ .

« خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك وما يكفى بنيك »[1]، وقوله عليه السلام فى حجة الوداع فى ذكر النساء « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف .. »[2].

وقد أجمع المسلمون على أن النفقة حق للزوجة على زوجها. وفضلا عن ذلك فان هذا الحكم واجب عقلا لأن الزوجة محبوسة بالنكاح لحق الزوج ممنوعة من الاكتساب بحقه فكان نفع حبسها عائدا اليه وبذلك تكون كفايتها عليه[3].

والنفقة تشمل الطعام والكسوة والسكنى[4]. ونفقة الزوجة الواجبة لها على زوجها تتناول كل ما تتوقف عليه كفايتها[5]، وهذا عامل شخصى بحت يختلف باختلاف الزوجات.

(١) وهو متفق عليه — يراجع بلوغ المرام ص ٢٤ حديث رقم ١١٦٨ ؛ وزاد المعاد جـ ٢ ص ٣٣٩ .

(٢) وقد تقدم ذكر هذا الحديث . ويراجع بلوغ المرام ص ٢٤١ رقم ١١٧٢ ؛ وزاد المعاد المرجع السابق .

وكذلك ما روى عنه عليه السلام من أن رجلا سأله ماحق زوج أحدنا عليه فأجابه بقوله « تطعمها إذا أكلت وتكسوها إذا اكتسيت » ، يراجع بلوغ المرام ص ٢١٣ رقم ١٠٤٧ وص ٢٤١ رقم ١١٧١ .

(٣) يراجع فى ذلك وفى جميع ما تقدم البدائع والمبسوط وفتح القدير المراجع السابقة ؛ والزيلعى جـ ٣ ص ٥٠ و ٥١ ؛ والنفقات المرجع السابق .

(٤) كشاف القناع جـ ٣ ص ٢٩٧ — وهذا يوافق المعنى الشرعى للنفقة ، إلا أن فقهاء الحنفية تعارفوا على اطلاق النفقة على الطعام ولذا يعطفون عليها الكسوة والسكنى ، وعبارة المتون فى هذا المذهب كـكنز الدقائق وملتقى الأبحر وتنوير الأبصار وبداية المبتدى على هذا — يراجع الأحوال الشخصية للاستاذ أحمد ابراهيم بك ص ١٨٨ و ١٨٩ بالهامش ؛ وابن عابدين جـ ٢ ص ٨٨٦ ؛ والهداية جـ ٢ ص ٣٣ . وعبر الامام ابن حزم بما يتفق ومتون الحنفية فى ذلك — يراجع المحلى المرجع السابق ص ٨٩. وكذلك فعل صاحب المنتزع المختار فى فقه الزيدية، المرجع السابق ص ٥٣٤ . ومثلهم ابن رشد فى بداية المجتهد المرجع السابق . وقد عبرنا هنا بالنفقة طبقا لمعناها الشرعى فتشمل الطعام والكسوة والسكنى .

(٥) للمراجع السابقة؛ وكتاب الأستاذ أحمد ابراهيم بك بند ٣٠٦ ؛ والخرشى جـ ٤ ص ٢١٢ و ٢١٣ وقد عبر عن ذلك بأنه « ما به قوام حال الآدمى دون سرف » والسرف هو صرف الشىء زائدا على ما ينبغى وهذا التعبير لا يخرج عن معنى الكفاية لأن الشرف — كما استظهر

ويتقيد حق الزوجة فى ذلك بوجوب مراعاة حال زوجها يسراً وعسراً فى تقدير النفقة ، فيقدر لها قدر كفايتها مما تسمح به حال الزوج ، فان اتفق حال الزوج وحال الزوجة فالأمر واضح اذ أن التقدير فى هذه الحالة يكون موافقا لحاليهما ، وان اختلفا كان التقدير بحسب حال الزوج فان كان موسراً فعليه نفقة اليسار وان كان معسراً فنفقة الاعسار [1] . والعلة فى ذلك هى توقى الاضرار

المؤلف فى بحثه — هو الذى يزيد على الكفاية . ولم يترك الشافعية تقدير النفقة إلى مافيه الكفاية وانما قدروها فى كتبهم بمد ومد ونصف ومدين على حسب حالة الزوج يسراً وعسرا وتوسطا بين الأمرين وذلك قياسا على الكفارة ولأنها فى مقابلة انتفاع الزوج بزوجته والمقابلة تقتضى التقدير — يراجع نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٤١ و٢٤٢ ؛ وبداية المجتهد ج ٢ ص ٤٧ . ويعتذر صاحب نهاية المحتاج عن تقدير النفقة فى مذهبهم بأنه « لو فتح للنساء باب الكفاية من غير تقدير لوقع التنازع لا الى غاية فتعين ذلك التقدير اللائق بالعرف » — المرجع السابق بنصه . ويضيف إلى ذلك قوله ان المذاهب الأخرى لا ترجع للكفاية فقط وانما للكفاية بحسب المعروف ، وتقديرهم — أى الشافعية — هو اللائق بالعرف — المرجع السابق . ونقول انه يفهم من هذا القول أن كلا الرأيين متفق فى الأساس وجاء الخلاف من كون أحدهما أراد سد باب المنازعة بالتقدير ، وعلى هذا يكون المبدأ الذى أوردناه فى المتن متفقا عليه . ويلاحظ أن الخلاف المتقدم مقصور على نفقة الطعام فقط ولا يشمل الكسوة والسكنى — يراجع بتعليله فى بداية المجتهد المرجع السابق .

(١) وهنا هو قول ظاهر الرواية فى مذهب أبى حنيفة ، ورجحه صاحب البدائع وجاء فى البحر أنه قول جمع كثير من العلماء . واستدلوا عليه بنص الكتاب الكريم فى قوله « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسراً » ، سورة الطلاق آية رقم٧ ، وهو نص فى الموضوع . فضلا عن أن الزوجة الموسرة إذا زوجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسرين . وهناك رأى آخر يقول بأن تقدير النفقة يكون بحسب حال الزوجين معا ، فان اختلف حالاهما بأن كان أحدهما موسراً والآخر معسرا قدرت بالمتوسط بين نفقة اليسار ونفقة الاعسار . وقد اختاروا هذا القول للفتوى — يراجع فى ذلك المبسوط ج ٥ ص ١٨٢ ؛ والبدائع ج ٤ ص ٢٤ ؛ والزيلعى ج ٣ ص ٥١ ؛ وفتح القدير ج ٣ ص ٣٢٢ و ٣٢٣ ؛ والبحر ج ٤ ص ٩٠ ؛ وكتاب الأستاذ احمد ابراهيم بك بند ٣١٢ و ٣١٣ ؛ والنفقات بند ١٦ وما بعدها حيث بسط الموضوع وبين أدلة كل من الفريقين . ويتفق رأى الشافعية مع قول ظاهر الرواية من مذهب الحنفية فى تقدير النفقة بحسب حال الزوج بغير مراعاة لحال الزوجة — نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٤٢ . أما الحنابلة فيتفق رأيهم مع القول المفتى به فى مذهب أبى حنيفة — كشاف القناع ج ٣ ص ٢٩٨ ؛ وشرح المنتهى

الزوج لأن ايجاب نفقة الموسر على المعسر وانفاق المعسر نفقة الموسر ليس من المعروف وفيه إضرار بصاحبه (١).

وجميع ما تقدم من الأحكام يسرى على النفقة بأنواعها الثلاثة من طعام وكسوة وسكنى (٢).

ولما كان الزوج وهو المحمل بهذا الواجب هو الذى يتولى الانفاق، واذا وقع بينه وبين زوجته نزاع فى ذلك كان مرجعهما الى القضاء كما سيجىء، فمن أجل ذلك لا تتصور الاساءة فى هذا الحق بالذات، وذلك لأنه ما دام أن الزوج هو الذى ينفق فهو يستطيع أن يكف عن الانفاق فيما يراه خارجا

على هامشه ص ٣٤٨ . وكذلك قول المالكية — مواهب الجليل جـ ٤ ص ١٨٣ ؛ والتاج والاكليل بهامشه ؛ ومنح الجليل جـ ٢ ص ٤٣١ ؛ والخرشى جـ ٤ ص ٢١٣ و ٢١٤ . ومع ذلك فقد فرق العدوى فى حاشيته على الخرشى بين حالتين الأولى إذا كانت الزوجة معسرة والزوج موسراً وهنا يقول بأن تقدير النفقة يكون بالمتوسط بين حاليهما والثانية أن تكون الزوجة موسرة والزوج معسرا وفى هذه الصورة يكون التقدير بحسب حالة الزوج فقط — تراجع حاشية العدوى بهامش الخرشى جـ ٤ ص ٢١٤ . ونقول ان فى هذه التفرقة فى الحكم تيسيراً على الزوج فى جميع الحالات وليس لها ما يبررها فقها بحسب القاعدة التى اعتمدها علماء المالكية. وقد أخذ المرحوم قدرى باشا فى المادة ١٧٣ من قانون الأحوال الشخصية بما عليه الفتوى فى مذهب أبى حنيفة واستمر العمل به فى المحاكم الشرعية بمصر حتى صدر المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فنص فى المادة السادسة عشرة منه على أنه « تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حالة الزوجة » — وهذا يوافق مذهب الشافعى وقول ظاهر الرواية من مذهب أبى حنيفة كما تقدم وهو ما ذكرناه بالمتن . وقد أوردت المذكرة الايضاحية لقانون السالف الذكر أسباب هذا التعديل وهى بعينها مستند ظاهر الرواية . ويلاحظ أن هذا التعديل هو ما كان قد استقر عليه الرأى فى هذا الموضوع فى مشروع تعديل قانون الأحوال الشخصية الذى سبقت الاشارة اليه وتضمنته المادة ١٠٢ من هذا المشروع — تراجع كتاب الأستاذ أحمد ابراهيم بك بند ٣١٢ .

(١) كشاف القناع جـ٣ ص ٢٩٨، والتدليل لصاحب هذا المؤلف إلا أنه لم يتمش معه إلى نتيجته المنطقية وإنما قرر الحكم الذى عليه مذهب الحنابلة وقد تقدم بيانه فى الهامش السابق.

(٢) يراجع كتاب الأستاذ أحمد ابراهيم بك بند ٣٢٠ وما بعده ؛ والمراجع التى سبقت الاشارة إليها .

عن حق زوجته ، واذا رفعت أمرها للقضاء فما يحكم به القاضى هو الذى تستطيع الزوجة الحصول عليه ولا تتصور فيه الاساءة . هذا من الناحية الفقهية والقضائية ، ولكن الواقع قد يختلف عن ذلك فكثير من الزوجات يكلفن أزواجهن من أمرهم شططا ، الا أن الزوج الذى يرضى بذلك ليس له أن يتضرر منه ، ومن لا يرضى منهم فالتبعة عليه لأن الأمر بيده كما تقدم .

على أن الاساءة تظهر فيما هو من توابع هذا الحق وذلك فى موضعين : الأول استيفاء الزوجة النفقة ، والثانى تصرفها فيما يقدر لها منها . ومن أجل هذا قيد فقهاء الشريعة حق الزوجة فى هذين الموضعين بما يمنع الاساءة ، ولبيان ذلك نقول .

أولا — فى استيفاء الزوجة نفقتها

جرت عادة الناس بأن الزوج هو الذى يتولى الانفاق على زوجته من طعام وكسوة وسكنى ما دام النكاح قائما بينهما . وهذا يوافق الحكم الشرعى ، فان الزوج لا يجبر على تمليك زوجته نفقتها اذا كان هو يقوم بالانفاق بغير تقتير ولا مطل ، فلو طلبت الزوجة من القاضى أن يفرض لها النفقة رغم ذلك فلا تجاب الى طلبها (١) . والعلة فى ذلك هى ان الزوجة فى هذه الحالة تكون

---

(١) البدائع جـ٤ ص ٢٨ ؛ وفتح القدير جـ٣ ص ٣٢٧ ؛ والبحر جـ ٤ ص ١٨٩ ؛ ومنحة الخالق بهامشه ؛ وابن عابدين جـ٢ ص ٨٩٤ ؛ وكشاف القناع جـ ٣ ص ٣٠٣ . ويترك الشافعية اشتراك الزوجة مع زوجها فى الطعام لاختيارها — نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٢٤٣ . وأما المالكية فيرون أن للزوجة أن تمتنع من الأكل معه وتطلب منه نفقة طعامها وكسوتها لتنفق على نفسها ولا تجبر فى الحكم على الأكل معه وان كانت تؤمن بذلك لما فيه من التودد وحسن العشرة — يراجع مواهب الجليل جـ ٤ ص ١٨٧ ؛ والخرشى جـ ٤ ص ٢٢١ ؛ وحاشية العدوى بهامشه ؛ ومنح الجليل جـ ٢ ص ٤٣٩ . والأصح فى ذلك هو ما قاله الحنفية والحنابلة لأنه هو الذى يتفق وحسن المعاشرة الزوجية وفضلا عن ذلك فان الشارع لم يعين الواجب بأكثر من الكفاية فبأى شىء حصلت كان هو الواجب — يراجع كشاف القناع جـ ٣ ص ٢٩٩ .

متعنتة فى طلبها (١) . فكلما ظهر للقاضى تعنتها بأى طريق من الطرق فلا يجيبها الى طلبها هذا (٢) .

أما اذا ظهر أن الزوج يضر بزوجته كما لو كان مقتراً عليها أو مماطلا فى الانفاق عليها فان القاضى يفرض للزوجة ما يقدره لها من النفقة وتتولى هى الانفاق على نفسها (٣). الا أنه فى هذه الحالة يجب على القاضى أن يتخير السبيل الأيسر على الزوج فى الوفاء بما يفرضه عليه، فيقدرها على أن تدفع يوما بيوم أو بأى وحدة زمنية أخرى تلائم حالة الزوج ،كما لو كان أجيراً يقبض أجره كل يوم أو عاملا يستولى على وظيفته كل شهر وما الى ذلك . واذا طلبت الزوجة الايفاء بطريقة أخرى بقصد مضارته فلا تجاب (٤) . ويتبين من ذلك أن حق الزوجة فى الاستيلاء على نفقتها مقيد فى استعماله كغيره من الحقوق بأن يكون لسبب صحيح وبالطريقة التى لا ينشأ عنها ضرر بالزوج .

واذا لم يقم الزوج بالوفاء بالنفقة المفروضة عليه صارت دينا للزوجة تستوفيه منه كسائر الديون ولها أن تطلب من القاضى حبسه ليوفيها إياه (٥) . وحق الزوجة فى طلب حبس زوجها اذا لم يدفع لها النفقة يتقيد بما يتقيد به حق كل دائن فى ذلك، فهو لا يكون الا اذا كان المدين قادراً على الدفع ولكنه ممتنع . فاذا كان معسراً فلا يجاب طلب الحبس لأنه شرع للتوسل الى قضاء الدين وليس للانتقام فاذا كان المدين لا يقدر على قضاء الدين فلا يكون

(١) البحر المرجع السابق .

(٢) منحة الخالق المرجع السابق .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) يراجع فتح القدير وابن عابدين المرجعين السابقين ؛ والبحر ج ٤ ص ١٩١ ؛ ومنحة الخالق بهامشه ؛ والخرشى ج٤ ص٢١٩ ؛ وحاشية العدوى بهامشه؛ ومنح الجليل ج٢ ص٤٣٧ .

(٥) البدائع ج ٤ ص ٢٨ و٢٩ . إلا أنه لا ينبغى أن يحبسه فى أول مرة يقدم اليه بل يؤخر الحبس الى مجلسين أو ثلاثة يعظه فى كل مجلس يقدم اليه فان لم يدفع حبسه حينئذ كما فى سائر الديون — البدائع المرجع السابق .

الحبس مفيداً (١) . وكذلك لا حبس اذا كانت الزوجة تستطيع الحصول على حقها من طريق آخر كالحجز على مال الزوج وبيعه (٢) .

---

(١) يراجع المبسوط جـ ٥ ص ١٨٧ و١٨٨ ؛ والبدائع جـ ٧ ص١٧٣؛ وباب الحبس فى الديون فى أنفع الوسائل ص ٣٢٦ وما بعدها . ويراجع أيضاً ما ذكرناه فى المقدمة من أن استعمال الانسان لحقه لا يجوز شرعا اذا لم يكن له مصلحة فيه وترتب عليه ضرر بالغير .

ولمناسبة ذكر اعسار الزوج بالنفقة نقول ان فقهاء الشريعة اختلفوا فيما اذا كان يفرق بين الزوجين لاعسار الزوج. فقال أبو حنيفة وأصحابه انه لا تفريق لهذا السبب وتتعلق النفقة بذمة الزوج. وقال مالك والشافعى وأحمد بأنه يفرق بينهما اذا طلبت الزوجة ذلك ، على خلاف بينهم فى صفة التفريق هل تكون طلاقا أو فسخا وما يترتب على ذلك من حق الزوج فى المراجعة . وهناك آراء أخرى وتفصيلات فى ذلك تراجع فى مواضعها من كتب الفقه — يراجع فتح القدير جـ ٣ ص ٣٢٩ وما بعدها؛ والخرشى جـ ٤ ص ٢٢٨؛ ونهاية المحتاج جـ ٦ص ٢٦٠؛ وكشاف القناع جـ ٣ ص ٣١٠ وما بعدها ؛ وزاد المعاد جـ ٢ ص٣٤٦ وما بعدها ؛ والمحلى جـ ١٠ ص٩٢ مسألة رقم ١٩٣٠ ؛ وكتاب النفقات بند ٣٠ و٣١ و ٣٢ حيث ذكر الآراء المختلفة فى هذا الموضوع بتفصيلاتها .

هذا وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بمبدأ التفريق لاعسار الزوج أو امتناعه عن النفقة فنص فى المادة الرابعة منه على أنه « إذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله . فان لم يكن له مال ظاهر ولم يقل انه معسر أو موسر ولكن أصر على عدم الانفاق طلق عليه القاضى فى الحال . وان ادعى العجز فان لم يثبته طلق عليه حالا وان أثبته أمهله مدة لا تزيد على شهر. فان لم ينفق طلق عليه بعد ذلك » . وفى المادة الخامسة « إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله وان لم يكن له مال ظاهر أعذر اليه القاضى بالطرق المعروفة وضرب له أجلا فان لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للانفاق عليها طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل . فاذا كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول اليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقوداً وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجه طلق عليه القاضى . وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة » . ونصت المادة السادسة على أن « تطليق القاضى لعدم الانفاق يقع رجعيا وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت ايساره واستعد للانفاق فى أثناء العدة فان لم يثبت ايساره ولم يستعد للانفاق لم تصح الرجعة » .

وقد أخذت الأحكام التى تضمنها هذا القانون عن مذهب الامام مالك — النفقات رقم ٣١ ص ٣٨ .

(٢) يراجع الحكم المنشور بالجريدة القضائية س ٤ عدد ٣٢ ص ١٤ .

ثانيا — فى تصرف الزوجة فيما يفرض لها من النفقة

اذا قبضت الزوجة النفقة أو الكسوة فلها التصرف فيها بما ترى لأنها ملكتها بالقبض ، فيجوز لها التصرف فيها بجميع التصرفات الشرعية بما فيها البيع والهبة والصدقة (١) .

الا أن حق الزوجة فى هذا التصرف ليس مطلقا وانما هو مقيد بقيود ترجع الى ما يأتى :

أولا — يجب ألا يكون فى تصرف الزوجة فى نفقتها مايفوت الغرض الذى من أجله منحت لها هذه النفقة ، وقد تقدم أن للزوجة على زوجها أن يقوم بكفايتها ، فيجب ألا يكون تصرفها فيما تقبضه من النفقة مخلا بذلك . ومن أجل هذا نص الفقهاء على أن تصرف الزوجة فى نفقتها مقيد بأن يكون على وجه لا يضر بها كما لو كان يضر ببدنها أو ينقص فى استمتاعها ومثلوا لذلك بما لو دفع اليها الزوج الكسوة فأرادت بيعها أو الصدقة بها وكان ذلك يضر بها أو يخل بسترتها فهى لا تملك مثل هذا التصرف (٢) .

ومما يدخل فى ذلك مالو استعملت الزوجة ما فرض لها من النفقة استعمالا غير معتاد حتى نفدت قبل المدة المقررة فانه لا يقضى لها على زوجها بأخرى قبل انتهاء المدة ، بخلاف مالو كان الاستعمال معتاداً ونفدت فانه يقضى

---

(١) كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٠٤ ؛ وشرح المنتهى على هامشه ص ٣٥٠ .

(٢) كشاف القناع وشرح المنتهى المرجعان السابقان — ولم نعثر على نص للفقهاء فيما يتعلق بجزاء هذه الاساءة من جانب الزوجة ، والذي يمكن أن يقال هو أن التصرف اذا استكمل شرائطه فهو صحيح وتتحمل الزوجة الضرر الناتج عنه ولا يلزم الزوج بتعويضه . وفضلا عن ذلك فان للقاضى أن يعزرها اذ أن سلطته فى ذلك تتسع لهذا الفرض كما سيجىء . ولا نرى ما يمنع القاضى من أن يحرمها من قبض نفقتها وتفويض غيرها فى الانفاق عليها كما فى الحجر للسفه .

لها بأخرى لظهور الخطأ فى التقدير الأول حيث قدرت لوقت لا تبقى معه[1].

ثانيا — يجب ان يكون تصرف الزوجة فى نفقتها على وجه لا يضر بالزوج. وهذه الصورة قد تتفق فى بعض مظاهرها مع الصورة السابقة كما لو قترت الزوجة على نفسها فى النفقة حتى مرضت أو هزلت أو تصرفت فى كسوتها على وجه يخل بسترتها فان الزوج يتضرر من ذلك[2].

وغنى عن البيان أن هذين الوجهين يتفقان مع ما تتقيد به الحقوق فى الشريعة الاسلامية بصفة عامة.

---

(١) يراجع فتح القدير ج ٣ ص ٣٢٨؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٩٠١. ويلاحظ أن كلامهما فى ذلك خاص بالكسوة الا أن القاعدة واحدة تسرى على النفقة بجميع أنواعها وما ذكرت الكسوة الا افتراضا.

(٢) يراجع البحر ج ٤ ص ١٩٣؛ وكشاف القناع وشرح المنتهى المرجعان السابقان. ولذلك نصوا على أن للزوج أن يلجأ الى القاضى ليأمر زوجته بلبس ثيابها لأن تزينها من حقوقه — البحر المرجع السابق؛ وفتح القدير ج ٣ ص ٣٢٨. ونقول ان هذا يكون مع افتراض أنها مهملة أمر نفسها وزينتها اذ أن هذا هو الذى يضر بالزوج.

الباب الرابع

فى الفرقة بين الزوجين

تمهيد: الزواج مصلحة لكل من الزوجين، وهو داعية التواد والتراحم ومجلبة الألفة والوفاق بينهما، وقد صرّح الكتاب الكريم بذلك فى قوله تعالى «ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة»[1]. وقد سن الشارع الحكيم لهذا النظام أحكاما لضمان هذه المصلحة، وجميع ما تقدم من القيود التى تتقيد بها حقوق الزوجية ترمى إلى تحقيقها. على أن هذه المصلحة لا تقوم إلا إذا ساد الوفاق حياتهما الزوجية، وتبادلا المودة والاخلاص، وإلا انعكست القضية وصار ارتباط كل من الزوجين بالآخر مجلبة للفساد والمضرة. ومن أجل ذلك قرر جمهور المسلمين أن اللعان[2] يوجب الفرقة بين الزوجين، لأنهما إن تلاعنا «فقد وقع بينهما من التقاطع والتباغض والتهاتر وإبطال حدود الله ما أوجب أن لا يجتمعا بعدها أبداً وذلك أن الزوجية مبناها على المودة والرحمة وهؤلاء قد عدموا ذلك كل العدم ولا أقل من أن تكون عقوبتهما الفرقة وبالجملة فالقبح الذى بينهما غاية

---

(١) سورة الروم آية رقم ٢١ .

(٢) وهو دعوى الزوج على زوجته بالزنا أو نفيه حملها منه . ويرجع حكم اللعان إلى قوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين» سورة النور الآيات من رقم ٦ الى ٩ . ويراجع فى اللعان بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٠٠ ومابعدها .

القبح »[١] .

على أن النفرة بين الزوجين قد ترجع إلى غير داعي اللعان من وجوه عدم التوفيق، وحتى إذا رجعت إلى هذا الداعي فقد لا يصل الأمر بالزوجين إلى الدعوى به وإشهار ماخفي من أمرهما بين الناس . ومن أجل ذلك أجازت الشريعة الاسلامية الفرقة بين الزوجين إذا طرأ على حياتهما الزوجية من العوامل والمؤثرات ما يوهن رابطتها ويفوت الغرض المقصود منها . وهذه الفرقة قد تكون بناء على طلب الزوجة وموافقة الزوج كما في الخلع، وقد تكون من جهة الزوج وحده بالطلاق[٢] . ومع أن الفرقة بين الزوجين جائزة فقد باعد الله بين الزوج وفكرة الطلاق حتى شككه في وجدانه فقال جل شأنه « وعاشروهن بالمعروف فان كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيرا كثيرا »[٣]؛ وهذا يدل على أن الزوج مندوب إلى إمساك زوجته بالمعروف مع كراهته لها ، فقد تكون الخيرة له في الصبر على ما يكره[٤] . وكذلك حسن للمرأة الصلح مع زوجها بقوله تعالى « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير وأحضرت الأنفس الشح وإن تحسنوا وتتقوا فان الله كان بما تعملون خبيرا »[٥]؛ وهو يدل على أن الصلح بين الزوجين خير من الفرقة أو من

---

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٠٥ بنصه . ويرى البعض أن اللعان لا يوجب الفرقة — المرجع السابق . ورأيهم في ذلك مرجوح ، والجمهور على وجوب الفرقة كما تقدم .

(٢) وقد تكون من جهة الزوجة وحدها اذا فوض الزوج طلاقها اليه وهو أمر جائز — يراجع كتاب الأستاذ أحمد ابراهيم بك بند ٤١٧ وما بعده وبداية المجتهد جـ ٢ ص ٦٢ وما بعدها . ويرى الامام ابن حزم أن الطلاق لا يكون الا من الزوج فلا تصح الوكالة به أو تفويضه الى الزوجة — المحلى جـ ١٠ رقم ١٩٥٩ ص ١٩٦ ؛ وبداية المجتهد المرجع السابق .

(٣) سورة النساء آية رقم ١٩ — وتراجع مجلة الأحكام الشرعية س ١ ص ٨٢ عمود ١ من مقال عنوانه « الطلاق في الاسلام » بقلم « مستبصر لخير الأمة » .

(٤) أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ١٠٩ و ١١٠ .

(٥) سورة النساء آية رقم ١٢٨ — وتراجع مجلة الأحكام الشرعية المرجع السابق .

النشوز والاعراض وسوء العشرة (١) . وفضلا عن ذلك فقد دعا المولى جل شأنه إلى التحكيم بين الزوجين فيما يقع بينهما من الشقاق وذلك بقوله تعالى « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا » (٢) . فاتفق علماء المسلمين بناء على ذلك على جواز بعث الحكمين إذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت أحوالهما فيه أى لم يعلم المحق من المبطل (٣). الا أن لتحمل المكروه حدا كما أن للصلح ظروفا، فاذا جاوزت الحال حدّ التحمل أو لم يكن للصلح مجال لم يبق إلا الفرقة بنوعيها المذكورين آنفا ، ولنتكلم على كل منهما .

---

(١) الكشاف ج ١ ص ٣٨٩ .

(٢) سورة النساء آية رقم ٣٥ — ومعنى « ان خفتم » ان علمتم — يراجع الطبرى ج ٥ ص ٤٢ ؛ والألوسى ج ٥ ص ٢٤ .

(٣) وتكون مهمة الحكمين الاصلاح بين الزوجين ان استطاعا الى ذلك سبيلا أو التفريق بينهما . ويكون أحد الحكمين من أهل الزوجة والآخر من أهل الزوج الا اذا لم يوجد فى أهلهما من يصلح لذلك. واذا اختلف الحكمان لم ينفذ لأيهما قول ، وان اتفقا على الجمع بين الزوجين فقولهما نافذ، وأما اذا اتفقا على التفريق فقولهما ينفذ على الزوجين طبقاً لمذهب المالكية ويرى الحنفية والشافعية والحنابلة أنه لا يجوز للحكمين أن يفرقا الا بتوكيل كل من الزوجين للحكم الذى من قبله فيما يملكه من وجه الفرقة — يراجع بداية المجتهد ج ٢ ص٨٥ و٨٦؛ وكشاف القناع ج ٣ ص ١٢٥ و١٢٦ . وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بمذهب الامام مالك فى أحكام الشقاق بين الزوجين عدا الحالة التى يتبين للحكمين أن الاساءة من الزوجة دون الزوج فلا يكون ذلك داعياً لاغراء الزوجة الناشزة على فصم عرى الزوجية بلا مبرر — تراجع المذكرة الايضاحية لهذا القانون والمواد من رقم ٦ الى رقم ١١ منه .

الفصل الأول

فى الخلع

الخلع شرعا هو إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع أو ما فى معناه كالمبارأة [1]. وهو جائز بالكتاب والسنة والاجماع [2]. فقد قال تعالى « فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » [3]، وقد أجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قضائه [4]، واتفق المسلمون على جوازه [5].

وإذا حصل الخلع وقعت الفرقة بين الزوجين بائنة [6]، فلا تحل له إلا

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ١٩٩ ؛ وكتاب أحمد ابراهيم بك بند ٤٣٥ ؛ ويراجع البحر ج ٤ ص ٧٧ ، وقد عرفه بأنه « ازالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها (أى الزوجة) بلفظ الخلع أو ما فى معناه » .

ومعنى الخلع لغة النزع يقال خلع الرجل ثوبه خلعاً (بفتح الخاء) أى نزعه عن جسده وأزاله وخلع زوجته خلعاً (بضم الخاء) أزال زوجيتها فهى خالع وخالعت المرأة زوجها اذا افتدت منه بمال وخالعها هو وتخالعا أى خلع كل منهما صاحبه — أحمد ابراهيم بك المرجع السابق .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٨ ؛ والزيلعى ج ٢ ص ٢٦٧ .

(٣) سورة البقرة آية رقم ٢٢٩ .

(٤) تراجع الأحاديث الخاصة بذلك فى نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٤ وما بعدها ؛ وفتح البارى ج ٩ ص ٣٤٦ وما بعدها ؛ وبلوغ المرام ص ٢٢٢ رقم ١٠٩٤ و ١٠٩٥ .

(٥) الا ما روى عن بكر بن عبد الله المزنى التابعى من أنه لا يحل للزوج أن يأخذ من امرأته شيئاً فى مقابل فراقها لقوله تعالى « وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا » — سورة النساء آية رقم ٢٠ و ٢١ . وقد رد عليه بقوله تعالى « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » الآية ، وبأن حظر الخلع مقصور على حالة النشوز من جهة الزوج فقط ورغبته فى استبدال زوج مكان زوج — أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٣٩٢ ؛ والزيلعى ج ٢ ص ٢٦٨ ، وبراجع فتح القدير ج ٣ ص ٢٠٠ .

(٦) وقد اختلفوا فى صفة هذه الفرقة فالجمهور على أنها طلاق فتحسب فى عدد التطليقات

بعقد جديد برضاها [١] .

والاصل فى الخلع الكراهة [٢] ؛ ويجوز اذا كان ثم سبب يقتضيه . [٣]
ووجه اباحته أن الزواج اذا تم لم يكن للزوجة حل رابطته لان العصمة بيد الزوج فهو الذى يملك الطلاق ؛ ولما كان شعور الزوجة بالمعيشة الزوجية من هناءة وشقاء كشعور الزوج تماما فقد لا تجد الزوجة فى حياتها بعد الزواج ما كانت تنشده فلا تسكن لزوجها وتشعر بالحرج فى البقاء معه مما قد يؤدى بها الى التورط فى المحظور . فمن أجل ذلك جعل لها الخلع وسيلة للخلاص من رابطة الزوجية على وجه لا رجعة للزوج فيه الا برضاها فيرتفع بذلك الضرر عنها . [٤]

وقال البعض انها فسخ لا ينقص عدد الطلاق وهو رأى الحنابلة والشافعى فى مذهبه القديم — يراجع فتح القدير ج ٣ ص ١٩٩ وما بعدها ، وكشاف القناع ج ٣ ص ١٢٨ ، ونيل الأوطار ج ٧ ص ٣٨ وما بعدها وزاد المعاد ج ٢ ص ٢٣٩ . وقال البعض أن الفرقة التى تقع به طلاق رجعى فللزوج مراجعتها ورد ما أخذه منها — المحلى ج ١٠ مسألة رقم ١٩٧٨ ص ٢٣٥ . إلا أن هذا القول يفوت الغرض المقصود من الخلع لأن الغرض منه كما سيجىء هو رفع الضرر عن الزوجة بحل رابطة الزوجية التى تتضرر منها فلو جازت الرجعة لعاد الضرر — فتح القدير وكشاف القناع المرجعان السابقان وراجع بداية المجتهد ج ٢ ص ٦٠ ، وأحمد ابراهيم بك نبذة ٤٣٦ حيث ذكر المذاهب المختلفة فى ذلك . وتراجع حجج كل فريق فى مواضعها من المراجع المتقدمة.

(١) وبشرط ألا يكون الزوج قد استنفد بالخلع عدد التطليقات الجائزة له شرعا وذلك على رأى الجمهور كما تقدم بالهامش السابق .

(٢) البيجرمى ج ٣ ص ٤٣٥ .

(٣) نيل الأوطار ج ٧ ص ٤١ .

(٤) وأما وجه اشتراط البدل وتكليف الزوجة بدفعه فهو أن الزوج هو الذى تجب عليه شرعا جميع التكاليف المالية التى يستلزمها عقد الزواج من المهر والنفقة واعداد منزل الزوجية وبدل الخلع يقوم مقام هذه النفقات لأن مباشرة حل رابطة الزوجية جاء من جهة الزوجة فهو كتعويض له عما بذله . ولعل فى ذلك ما يقرب للذهن تصور ما قاله فريق من فقهاء الشريعة من أن بدل الخلع يتقيد فى أكثره بما يكون الزوج قد دفعه من المهر ومن جهة أخرى يمكن القول بأن الرأى الذى يبيح للزوج أن يأخذ من الزوجة فى الخلع أكثر مما أعطاها مهراً فيه مراعاة لما يكون قد تكبده الزوج من النفقات زيادة على المهر ، وهنا تظهر فكرة التعويض بشكل أوضح ولو أنه تعويض متروك تقديره للزوج وهو الذى سيقبضه . الا أن هذا الاعتراض لا يكون له محل اذا قيل — تبعاً لبعض الفقهاء — أن الخلع لا يكون الا أمام الحاكم .

فالخلع المشروع هو الذى يكون مقصودا به هذه الغاية (١)، ووجوب مراعاتها هو أول ما يتقيد به حق الالتجاء الى هذا السبيل من حل رابطة الزوجية وفوق ذلك فانه يتقيد بوجوب عدم الاضرار بالغير . ولبيان هذين الوجهين نقول :

الوجه الاول — يجب أن يكون المقصود من الخلع تحقيق الحكمة التى دعت الى تشريعه .

قدمنا أن الحكمة التى دعت الى تشريع الخلع هى تمكين الزوجة من الخلاص من رابطة الزوجية عندما يتحقق لها فوات الغرض المقصود من النكاح لعدم التوفيق فى حياتها الزوجية ، فان قصد به غير ذلك لم يحل الخلع شرعا .

وأول ما يرد تطبيقا لذلك ما ذكره الفقهاء من أنه يحرم على الزوجة أن تطلب الخلع من غير حاجة مشروعة اليه . (٢)

ومن التطبيقات التى ذكرها فقهاء الشريعة الاسلامية لذلك ما اذا كان النشوز من جانب الزوج ، وهذه الحالة لا تتحقق فيها حكمة الخلع لان للزوج أن يطلق من غير حاجة لرضاء الزوجة ودفعها بدلا . وقد حظر القرآن الكريم أخذ شىء من الزوجة فى هذه الحالة فى قوله تعالى « ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن» و « ان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئا . . » (٣) ؛ وقد أجمع فقهاء الشريعة

---

(١) يرجع الأم جـ ٥ ص ١٧٩ . ويلاحظ أن الحالة التى قضى فيها رسول الله (ص) بالخلع كان النشوز فيها من قبل الزوجة وهى التى طلبت الاختلاع من زوجها بغضا منها له . يراجع نيل الأوطار جـ ٧ ص ٣٤ و٣٥ ؛ وبلوغ المرام ص ٢٢٢ رقم ١٠٩٤ و ١٠٩٥ و١٠٩٦، والطبرى جـ ٢ ص ٢٦٢.

(٢) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٠٢ ؛ وكشاف القناع جـ ٣ ص١٢٦ — وذلك لما روى عن النبى (ص) أنه قال « أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة » نيل الأوطار جـ ٧ ص ٢ و ٤١ .

(٣) سورة النساء آية رقم١٩ و ٢٠ — ويراجع أحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٣٩٢.

الاسلامية على أن الخلع لا يحل اذا كان النشوز من الزوج. الا أنهم اختلفوا في بيان حكم النهى فى هذه الحالة .

فيرى الحنابلة أن الزوج اذا عضل زوجته أى ضارها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من القسم والنفقة ونحو ذلك ظلما لتفتدى نفسها فالخلع باطل والعوض مردود والزوجية بحالها [١]. وهو قول الشافعية أيضا [٢]. ويتفق مع رأى فقهاء الشيعة الامامية [٣] ، وبعض فقهاء الزيدية . [٤] وكذا يرى الامام ابن حزم من فقهاء الظاهرية أن الخلع فى هذه الحالة باطل ويرد الزوج لزوجته ما أخذه منها وهى امرأته كما كانت ويبطل طلاقه ويمنع من ظلمها فقط [٥] .

ويرى المالكية ان الزوج لا يحل له أن يأخذ من زوجته شيئا وهو مضار لها، فان فعل لزمه الطلاق ويرد ما أخذ [٦]. فقصروا أثر النهى هنا فى القضاء على عدم جواز أخذ شيء من المرأة ورد مايكون قد أخذه الا أن الطلاق يقع.

---

(١) كشاف القناع ج ٣ ص ١٢٦، وشرح المنتهى بهامشه ص ١٨٤ ، ويراجع ذلك عندهم إلى أن النهى فى قوله تعالى « ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن » يقتضى الفساد . الا أنه اذا وقع الخلع فى هذه الحالة بلفظ الطلاق أو نيته فيقع عليها الطلاق رجعيا ولا يستحق بدل الخلع — المرجعان السابقان . وإن ضار الزوج زوجته بالضرب ونحوه مما تقدم ولم يكن قصده من ذلك أن تفتدى منه فالخلع صحيح لأنه لم يعضلها ليذهب ببعض مالها ولكن عليه اثم الظلم — كشاف القناع ج ٣ ص ١٢٧ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٤٧ . ويقع الطلاق فى هذه الحالة رجعيا . وهناك رأى اخر لهم يقضى بأن الزوجة تبين ووجهه أن العضل لا يعتبر اكراهاً على الخلع بخصوصه — المرجع السابق وحاشية الشبراملسى بهامشه . ونقول ان هذا القول لا يفيد مخالفة الرأى الأول لأن المسألة ترجع الى بيان القصد من العضل فاذا تحقق كون العضل للاكراه على الخلع فيتفق الحكم على هذا القول الأخير مع الرأى الأول المذكور بالمتن .

(٣) مجمع البيان للطبرسى ج ١ ص ١٣٩ و٢٥١ و٢٥٢ .

(٤) المنتزع المختار ج ٢ ص ٤٣٦ بالهامش رقم ١١ .

(٥) المحلى ج ١٠ مسألة ١٩٧٨ ص ٢٣٥ و٢٤٣ .

(٦) مواهب الجليل ج ٤ ص ٣٤ ، والخرشى ج ٤ ص ٢٤ .

ولكن وقوع الطلاق ليس معناه أن الخلع يجوز، فهو غير جائز عندهم فى هذه الحالة، ولكنهم قصروا أثر النهى هنا على الديانة. وبذلك تبقى القاعدة التى ذكرناها فى صدر هذا الموضوع مسلمة، وليس أدل على ذلك من قول الامام ابن رشد الكبير فى كلامه على ما يجوز من الطلاق وما لا يجوز مانصه «وانما يجوز منه ما كان على وجه الخلع بشىء تعطيه من مالها أو تتركه له من حقه (لعل الأصح من حقها) أو يلزمه من مؤنة حمل أو رضاع أو ما أشبه ذلك مما تجوز المخالعة به فى الموضع الذى أجازه الله تبارك وتعالى فيه وهو اذا كان النشوز من قبل المرأة ولم يكن منه فى ذلك ضرر اليها»[1].

أما على مذهب أبى حنيفة ففى الحالة التى نحن بصددها يقع الطلاق ويكون بدل الخلع من حق الزوج قضاء ولكنه يحرم عليه أخذه ديانة. ووجه قولهم هو أن الحرمة ديانة ثابتة من الاجماع على حرمة أخذ المال بغير حق ومن ذلك إمساك الزوج لزوجته لرغبة بل إضرارا وتضييقا ليقتطع مالها فى مقابل خلاصها من الشدة التى هى فيها معه وقد قال تعالى «ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ..»[2]، وأما صحة أخذ الزوج بدل الخلع قضاء فقد بنوه على أن قوله تعالى «فلا جناح عليهما فيما افتدت به»[3] يدل على شيئين: الأول

---

(١) مقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ٧٨ . وقد انتقد الامام ابن حزم قول المالكية ووصفه بانه مناقضة «لأنه ان لزمه الطلاق وجب له تملك ما أخذه عوضا عن الطلاق وان لم يجب له تملك ما أخذه عوضا من الطلاق لم يلزمه الطلاق لأنه لم يطلق طلاقا مطلقا بل طلاقا بعوض لولاه لم يطلق» اهـ بنصه — المحلى جـ١٠ ص٢٤٣، والضمير فى كلامه يرجع للزوج، ونقول أن النقد الذى وجهه ابن حزم لقول المالكية يندفع اذا اعتبرنا بدل الخلع تعويضا للزوج عن حل رابطة الزوجية كما تقدم بالهامش رقم ٤ من صفحة ٢٢١ فان الزوج بمضارته لزوجته واكراهها على طلبها الاختلاع منه يكون هو المتسبب فى الطلاق فلا يكون له حق فى بدل الخلع الذى هو تعويض عن هذا الطلاق وأما سريان الطلاق فراجع الى أن الزوج قد أوقعه فعلا والواقع لا يرتفع .

(٢) سورة البقرة آية رقم ٢٣١ .

(٣) سورة البقرة آية رقم ٢٢٩ .

جواز الحكم ببدل الخلع قضاء أى صحته ونفاذه . والثانى حل ذلك ديانة ، وقد امتنع الحل ديانة لقوله تعالى « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئاً » [١]، ولكن بقيت صحة الأخذ فى القضاء لأن النهى عن الأخذ فى الآية المتقدمة لا يقتضى الفساد لأنه لم يكن لذات الأخذ وإنما كان لغيره وهو زيادة إيحاش الزوجة [٢]. إلا أن فى هذا القول نظرا ، ومن فقهاء الحنفية أنفسهم من أدرك بطلانه ورجح عليه قول أهل الظاهر الذى سبق أن ذكرناه، ومن هؤلاء الفقهاء الكمال بن الهمام صاحب فتح القدير فقد عقب على قول الحنفية الذى لخصناه بقوله ما نصه « ولقائل أن يقول إذا ترك (أى جواز أخذ بدل الخلع) فى حق الاباحة لعارض يلزم انتفاء النفاذ شرعا وذلك لأن دلالته على النفاذ ليس إلا دلالة التزامية للاباحة لأن دلالته المطابقية على الاباحة إذ هى المعنى المطابقى لنفى الجناح ويلزم من ثبوت الاباحة النفاذ فاذا ارتفعت الأباحة ارتفعت بلازمها إلا أن يدل دليل مستقل آخر على ثبوت النفاذ شرعا وهو معدوم وعلى هذا يظهر قول الظاهرية » [٣] .

ومن قبيل ذلك أيضا ماجاء فى الخلع الذى يقع مع الأجنبى ؛ فقد أجاز فقهاء الشريعة الاسلامية وقوع الخلع بين الزوج وأجنبى بأن يتفق شخص مع الزوج على أن يخلع هذا الاخير زوجته ويتعهد الاجنبى بدفع بدل الخلع للزوج . [٤] وحكم هذا الخلع أن الفرقة تقع ويلتزم الاجنبى بدفع البدل

---

(١) سورة النساء آية رقم ٢٠ .

(٢) يراجع فى ذلك فتح القدير ج ٣ ص ٢٠٣ .

(٣) فتح القدير المرجع السابق . ويراجع نقد ابن حزم لقول الحنفية فى المحلى ج ١٠ ص ٢٤٣ .

(٤) فتح القدير ج٣ص٢٢١ ؛ ومواهب الجليل ج ٤ ص١٩؛ ونهاية المحتاج ج٦ ص٤٨ ؛ وكشاف القناع ج ٣ ص ١٢٧ . ولا يتوقف الخلع هنا على رضاء الزوجة لأن الزوج يملك ايقاع الطلاق من نفسه بغير رضاء زوجته ، والبدل يجب على من التزم به لا من الزوجة — المراجع السابقة .

للزوج . الا أن من علماء المالكية من استظهر أن جواز وقوع الخلع مع الأجنبي يتقيد بوجوب أن يكون مقصوداً به تحقيق مصلحة أو دره مفسدة ولا يصح إذا كان القصد منه الاضرار بالزوجة ، فقد جاء فى مواهب الجليل للحطاب ما نصه « ينبغى أن يقيد المذهب بما إذا كان الغرض من التزام الأجنبي ذلك للزوج حصول مصلحة أو دره مفسدة ترجع إلى ذلك الأجنبي مما لا يقصد به إضرار المرأة وأما ما يفعله أهل الزمان فى بلدنا من التزام أجنبي ذلك وليس قصده إلا إسقاط النفقة الواجبة فى العدة للمطلقة على مطلقها فلا ينبغى أن يختلف فى المنع ابتداء وفى انتفاع المطلق بذلك بعد وقوعه نظر »[1] .

الوجه الثانى — يتقيد حق طرفى الخلع بوجوب عدم ترتب ضرر عليه

وهذا الضرر قد يقع بالزوجة وقد يقع بغيرها . فأما عن الضرر الذى يقع بالزوجة فمنه ما تقدم فى خلع الأجنبي، وهو صورة مشتركة بين هذا الوجه والوجه السابق ، وقد أدرجناه فيما يدخل فى الوجه الأول لأنه فى نظرنا أولى لأن بالخلع فيه خروجا عن المقصود الشرعى منه . وأما عن الضرر الذى يصيب الغير من الخلع فهو ممنوع ، وقد عمل الفقهاء فيما قرروه من الأحكام على منعه . والقاعدة فى ذلك هى أن ما شمله الاتفاق على الخلع يسرى على الطرفين إلا فى الحالة التى تضر بالغير فان اتفاق الزوجين يتقيد من نفسه بما لا يمس حق غيرهما ، وذلك يرجع إلى ما سبق أن ذكرناه فى المقدمة من أن حق الغير محافظ عليه شرعا ولو عند استعمال الانسان لخالص حقه .

ومن التطبيقات التى عثرنا عليها لهذا المبدأ ما يأتى :—

١ — خلع المريضة ؛ فان الخلع يجوز من الصحيحة والمريضة ، إلا أنه

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٩ . وقد نصوا فى هذه الحالة على أن الطلاق يقع لأنه لا يرتفع بعد وقوعه — المرجع السابق .

لما كان الخلع يتضمن خروج شيء من مال الزوجة وهو ماتدفعه لزوجها بدلا عن الخلع فقد قيد فقهاء الشريعة الاسلامية حق الزوجين فى تقدير بدل الخلع إذا كانت الزوجة مريضة مرض الموت لأنهما يتهمان فى هذه الحالة بقصد الاضرار بالورثة باخراج شيء من مالها . والقيد الذى فرضه الفقهاء يتفق مع الحكمة الداعية اليه وهو رفع الضرر الذى يقع بالورثة ، ويقتصر على ذلك . ومن أجل هذا أجمعوا على أن الخلع يصح ويأخذ الزوج من بدل الخلع القدر الذى تنتفى معه شبهة الاضرار بالورثة . وتطبيقا لذلك نص فقهاء الحنفية على أن الزوجة إن اختلعت فى مرض موتها وماتت بعد مضى العدة فيعتبر بدل الخلع كله وصية وينفذ من ثلث التركة فقط ، وإن ماتت فى أثناء العدة فعند أبى يوسف ومحمد يكون الحكم كذلك لأن الزوج لم يصبح وارثا بالفرقة ، وعند أبى حنيفة يعطى الزوج الأقل من ميراثه ومن بدل الخلع ومن ثلث التركة إذ أن تهمة الاضرار بالورثة تنتفى باعطائه الأقل منها فقط [١] . وعند الشافعية يكون للزوج المخالع قدر مهر المثل من بدل الخلع ومازاد على مهر المثل يعطاه من ثلث التركة لأن هذا الزائد هو الذى يعتبر تبرعا [٢] ومن ثم يكون مضراً بالورثة . وللمالكية رأيان : رأى يقضى بأن يرد جميع بدل الخلع ولا يرث الزوج شيئاً ، ورأى آخر وهو الراجح يقضى برد ما زاد على قدر إرث الزوج فقط [٣] . ويظهر من ذلك أن الفكرة متحدة عند الجميع وهى ترمى إلى منع الاضرار بالورثة ، والخلاف قائم بينهم فى تطبيقها فقط .

٢ — المحجور عليها للفلس لو خالعت بعين من مالها لم يصح لتعلق حق الغرماء به [٤] .

---

(١) البحر جـ ٤ ص ٨١ و ٨٢ ؛ وفتح القدير جـ ٣ ص ٢١٨ ؛ وكتاب أحمد ابراهيم بك بند ٤٥٠ .
(٢) الأم جـ ٥ ص ١٨٢ و ١٨٣ ؛ ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ٥٠ .
(٣) مواهب الجليل جـ ٤ ص ٣٢ ؛ والخرشى جـ ٤ ص ٢٣ ؛ وحاشية العدوى بهامشه .
(٤) كشاف القناع جـ ٣ ص ١٢٨ .

٣ – للزوجة ان تختلع من زوجها على أن تقوم بنفقة ولدها منه مدة معينة وتلتزم هى بالنفقة ، إلا أنها إذا أعسرت أجبر الزوج على الانفاق على ولده ويرجع عليها عند يسارها (١). وكذلك لو اختلعت من زوجها على أن تمسك ولدها منه حتى البلوغ صح ذلك فى الأنثى ولا يصح فى الغلام ، كما لا يصح الاتفاق على أن يمسك الأب ولده مدة الحضانة ويكون لأم الصغير أخذه ، وعلى أى حال لو تزوجت الأم بغير محرم للصغير فللأب أن يأخذ الولد ولا يتركه عندها وإن اتفقا فى الخلع على ذلك .

والحكمة فى كل هذا صيانة حق الولد ودفع الضرر عنه (٢) .

---

(١) وقال البعض ان النفقة تسقط عن الأب فى هذه الحالة إلا أنه قول مرجوح والاعتماد على ما ذكر بالمتن — يراجع فتح القدير ج ٣ ص ٢١٨ ؛ وكتاب أحمد ابراهيم بك بند ٤٤٥ ص ٣٠٦ .

(٢) فتح القدير المرجع السابق؛ وأحمد ابراهيم بك بند ٤٤٤ و ٤٤٥ ص ٣٠٥ .

الفصل الثاني

فى الطلاق

الطلاق[1] أحد الأسباب التى تحصل بها الفرقة بين الزوجين، وهو أكثرها حدوثا لأن إيقاعه مفوض للزوج وحده فلا يتقيد برضاء المرأة به[2]. وهو مشروع بالكتاب والسنة وإجماع الأمة . فأما عن الكتاب فلقوله تعالى « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » [3] ،وقوله « يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » [4] . وأما عن السنة فما روى من أن النبى (ص) طلق إحدى زوجاته ثم راجعها . وقد أجمعت الأمة الاسلامية على مشروعيته ، وطلق فريق من كبار الصحابة نساءهم ، منهم أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه [5] . وقد شرع للتخلص من رابطة الزوجية عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى بحيث يفوت الغرض المقصود من النكاح وينقلب مضرة [6] .

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان الأصل فى الطلاق الاباحة أو الحظر . فقال بعضهم ان الأصل فيه الاباحة، واستدلوا على ذلك باطلاق الآيات القرآنية ، وبأن النبى (ص) طلق إحدى نسائه ، وكذلك فعل بعض الصحابة.

---

(١) الطلاق فى اللغة حل الوثاق وهو مشتق من الاطلاق وهو الارسال والترك وفى الشرع حل عقدة التزويج فقط — نيل الأوطار ج ٧ ص ٣ .

(٢) أحمد ابراهيم بك بند ٣٦٩ .

(٣) سورة البقرة آية رقم ٢٢٩ .

(٤) سورة الطلاق آية رقم ١ . وقد ورد بالقرآن الكريم عدة آيات أخرى مبينة لأحكام الطلاق وهى كلها تدل على مشروعيته .

(٥) يراجع فى ذلك نيل الأوطار ج ٧ ص ٢ ؛ والمبسوط ج ٦ ص ٣ .

(٦) فتح القدير ج ٣ ص ٢١ ؛ والبحر ج ٣ ص ٢٥٣ ، وكشاف القناع ج ٣ ص ١٣٩ .

ويرى بعضهم بحق أن الأصل فيه الحظر،واستدلوا على ذلك بماروى عن النبى (ص) أنه قال « أبغض المباحات عند الله الطلاق » ، وقوله « لعن الله كل ذواق مطلاق » ، ولأن فى الطلاق إزالة لنعمة النكاح التى أشير اليها فى قوله تعالى « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة »[1]. وترتفع صفة الحظر هذه إذا وجد سبب يدعو اليه مما يتفق مع الحكمة التى من أجلها شرع ، فان لم يكن لحاجة فهو على أصله من الحظر. ولا يمكن أن يحمل طلاق النبى (ص) وأصحابه على فعله بلا سبب أصلا بأن يكون لغوا وعبثا بل لابد من سبب معتبر شرعا [2] .

ويفرق فقهاء الشريعة الاسلامية بين إيقاع الطلاق ووقوعه ، لأن الايقاع فعل الزوج ولذلك يوصف بالحل والحرمة ، وأما الوقوع فليس بفعل الزوج وانما هو حكم الشرع ولذلك لا يوصف بالحل ولا بالحرمة . [3] ويظهر أثر هذه التفرقة فيما بعد حيث نرى أن إيقاع الطلاق قد يكون محرما ويؤاخذ الزوج عليه ومع ذلك فالطلاق يقع ويترتب عليه حكمه .

ولقد قيد فقهاء الشريعة الاسلامية حق الزوج فى إيقاع الطلاق بما يتفق والحكمة التى دعت لتشريعه ، وبما فيه منع الاضرار بالمطلقة غيرما يصيبها من

---

(١) سورة الروم آية رقم ٢١ .

(٢) يراجع فتح القدير ج ٣ ص ٢٢ ؛ والبحر ج ٣ ص ٢٥٢ — ٢٥٥ ؛ ومنحة الخالق على هامشه . ويرى البعض أن صفة الحظر لا ترتفع الا لكبر أو ريبة . ولكن الأصح هو أن صفة الحظر ترتفع اذا وجد سبب يدعو اليه وهذا السبب لا يقتصر على الكبر أو الريبة — يراجع فى ذلك فتح القدير ومنحة الخالق المرجعان السابقان ؛ ومجمع الأنهر ج ١ ص ٣٧٠ و ٣٨١ ؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٥٧١ و ٥٧٢ . ومن هذا الرأى فقهاء المذاهب الأخرى غير الحنفية — يراجع منح الجليل ج ٢ ص ٢٠٢ ؛ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ٦٨ ؛ وكشاف القناع ج ٣ ص ١٣٩ . وقد استند الفقهاء على هذا الاعتبار فى تعليلاتهم فى كلامهم على طلاق البدعة . وممن يقول ان الأصل فى الطلاق الاباحة الزيلعى ج ٢ ص ١٨٩ ؛ وصاحب البحر المرجع السابق .

(٣) الزيلعى ج ٢ ص ١٩٤ .

مجرد الطلاق . ولما كان الطلاق فى ذاته مضرا بالزوجة فى أغلب الحالات فقد رتبت الشريعة على وقوعه أحكاما ترمى الى تخفيف هذا الضرر .

وسنتكلم فى ذلك فنبحث أولا فيما يتقيد به حق الزوج فى إيقاع الطلاق ، ثم نبحث فى الحكم الذى رتبته الشريعة على إيقاعه ، وبعد ذلك نستعرض ما رآه القضاء المصرى الحديث فى ذلك .

الفرع الأول — فيما يتقيد به حق إيقاع الطلاق (١)

يتقيد حق الزوج فى إيقاع الطلاق بما تتقيد به الحقوق على وجه العموم فى الشريعة الاسلامية ، فهو يتقيد بوجوب أن يكون استعماله متجها لتحقيق الحكمة التى من أجلها شرع ، وبأن لا يكون بطريقة هى فى ذاتها مسببة لضرر يلحق بالمطلقة فوق ما يصيبها من حل رابطة الزوجية . وقد تكلم فقهاء الشريعة طويلا فى ذلك فى بحثهم لما اصطلحوا على تسميته بطلاق السنة وطلاق البدعة ،

(١) لا نتعرض هنا للبحث فى الألفاظ التى يقع بها الطلاق فهو أمر يخرج عن نطاق بحثنا ونكتفى هنا بالاشارة إلى أن علماء الشريعة الاسلامية اختلفوا فى بيان هذه الألفاظ ففريق ضيق فيها وفريق أسرف وفريق اتخذ له بين الرأيين سبيلا وسطاً . فممن ضيق فى ألفاظ الطلاق الشيعة الامامية فان الطلاق لا يقع عندهم إلا بلفظ « الطلاق » لا بشيء من كنايات الطلاق سواء أراد بها الطلاق أو لم يرد بها — مجمع البيان للطبرسى جـ ٢ ص ٥١٠ . ويليهم فى ذلك أهل الظاهر فقد قرر الامام ابن حزم أن الطلاق لا يقع الا بلفظ من أحد ثلاثة ألفاظ اما الطلاق واما السراح وأما الفراق وما عدا هذه الألفاظ فلا يقع بها طلاق البتة نوى بها طلاق أو لم ينو — المحلى جـ ١٠ مسألة رقم ١٩٥٦و١٩٥٧ ص ١٨٥و١٨٦ . وأما فقهاء المذاهب الأربعة السنية فقد أسرفوا فى بيان الألفاظ التى يقع بها الطلاق خصوصاً المتأخرين منهم حتى ليخيل للمرء أنهم انما جمعوا كل قواهم ليهاجموا عقدة الزواج فيحلوها عا لم يخطر ببال أحد من السابقين — تراجع مجلة الأحكام الشرعية س ١ ص٥٥ من مقال « الطلاق فى الاسلام » بقلم « مستبصر لخير الأمة » . ويكفى الاطلاع على ما كتبه الفقهاء المتأخرون فى هذا الباب ليتبين صدق هذا القول . وقريب من المذاهب السنية مذهب الشيعة الزيدية — يراجع المنتزع المختار جـ ٢ ص ٣٨٣ وما بعدها . وغنى عن البيان أن التضييق فى بيان الألفاظ التى يقع بها الطلاق أولى من التوسع فى ذلك لما يترتب على الطلاق من حل رابطة الزوجية التى حاطتها الشريعة الاسلامية بالكثير من الرعاية .

وهم يقصدون بالأول الطلاق المشروع وبالثانى الطلاق المحرم، كما أطالوا فى بيان ما يترتب على الخروج عن هذه القيود من النتائج. ولعل الذى دعاهم الى ذلك هو ما يشوب هذا الحق من الكراهية لما فيه من حل رابطة الزوجية وهو فى الغالب مضر بالمرأة. وسنتكلم فى هذه القيود التى ترجع فى النهاية إلى الوجهين المذكورين آنفا ثم نعقب عليهما ببيان الأثر المترتب على تجاوزها.

أولا — يتقيد استعمال الزوج لحق ايقاع الطلاق بوجوب مطابقته للحكمة التى دعت الى تشريعه.

قدمنا أن الحكمة التى دعت الى مشروعية الطلاق هى الخلاص من رابطة الزوجية عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم اقامة حدود الله تعالى بحيث يفوت الغرض المقصود من النكاح وينقلب مضرة. وقيام هذه الحكمة شرط لاباحة الطلاق فاذا لم تقم كان ايقاع الطلاق على غير الوجه المباح شرعا فيحرم. ونجد تطبيقا لذلك فيما ذكره الفقهاء من الأحكام فيما يأتى: —

١ — يكون ايقاع الطلاق مكروها اذا كان بلا حاجة تدعو اليه لقوله تعالى «فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا»[١] أى فلا تطلبوا الفراق وعليه الحديث «أبغض المباحات عند الله الطلاق».[٢]

٢ — اتفق فقهاء الشريعة الاسلامية من جميع الفرق والمذاهب على تحريم الطلاق فى الطهر الذى يكون الزوج قد جامع فيه زوجته.[٣] والعلة

(١) سورة النساء آية رقم ٣٤.
(٢) منحة الخالق جـ٣ ص٢٥٤؛ ونهاية المحتاج ٦ س ٦٨؛ وكشاف القناع جـ٣ ص ١٣٩.
(٣) المبسوط جـ ٦ ص ٤ وما بعدها؛ والبدائع جـ ٣ ص ٨٨ والخرشى جـ ٤ ص ٣٢؛ ونهاية المحتاج جـ ٦ س ١٠٩؛ وكشاف القناع جـ ٣ ص ١٤٤؛ ونيل الأوطار جـ ٧ ص ٤٠ وما بعدها؛ والمحلى جـ ١٠ مسألة رقم ١٩٤٩ ص ١٦١؛ والمنتزع المختار جـ ٢ ص ٣٨٨؛ ومجمع البيان للطبرسى جـ ٢ ص ٥١٠. وقد اختلفوا فى بيان أثر النهى فقط كما سيأتى.

التى ذكروها لذلك هى أن الطلاق أبيح لحل عقدة النكاح عند عدم توافق الأخلاق ،فيجب أن تكون هذه الحكمة الداعية اليه متوافرة . ولما كان عدم موافقة الأخلاق أمرا باطنا لا يوقف على حقيقته فقد أقام الشرع السبب الظاهر الدال عليه وهو الطهر الذى لم يجامع الزوج فيه زوجته مقام حقيقة الحاجة لعدم موافقة الأخلاق لأنه زمان الرغبة فيها طبعا وشرعا فلا يختار الزوج فراقها الا للحاجة ، [1] ولأن الجماع قد يؤدى الى الحمل والحمل يقوى الرغبة فى الامساك فلا تكون هناك حاجة للطلاق فاذا وقع الطلاق بعد الجماع فقد يؤدى إلى الندم وبذلك يكون الطلاق قد وقع على غير رغبة صادقة[2]. ومن أجل ذلك قالوا بجواز ايقاع الطلاق بالحامل بعد جماعها لأن الحمل يزيد الرغبة فيها لرعاية مصلحة الولد فيكون ايقاع الطلاق بعد ظهوره دليلا على عدم موافقة الأخلاق [3].

٣ — إذا طلق الرجل امرأته فى مرض موته طلاقا بائنا فانها ترثه [4]. والعلة فى ذلك هى أن المريض الذى يطلق زوجته يتهم بأنه قصد بطلاقها حرمانها من الميراث فيرد عليه قصده[5]. ويلاحظ أن قيام هذه التهمة يغلب

(١) المبسوط جـ ٦ ص ٤ ؛ والبدائع جـ ٣ ص ٨٨ .

(٢) المبسوط جـ ٦ ص ١٠ و١٢ ؛ والخرشى جـ ٤ ص ٣٢ ؛ ومنح الجليل جـ ٢ ص ٢٠٢ ؛ ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ١١٠ .

(٣) المبسوط جـ ٦ ص ١٠ .

(٤) وعند الشافعى لا ترث لأن الزوجية التى هى سبب الارث قد زالت بالطلاق البائن — أحمد ابراهيم بك بند ٤٢٩ ص ٢٨٦ ؛ وفتح القدير جـ ٣ ص ١٥١ حيث ذكرت أدلته والرد عليها . والذين قالوا بتوريثها انقسموا ثلاث فرق ففرقة قالت لها الميراث ما دامت فى العدة وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثورى ، وقال قوم لها الميراث ما لم تتزوج وممن قال بهذا أحمد وابن أبى ليلى وقال قوم بل ترث كانت فى العدة أو لم تكن تزوجت أم لم تتزوج وهو مذهب مالك والليث — بداية المجتهد جـ ٢ ص ٧٢ بنصه . ويراجع تطبيقاً لمذهب أبى حنيفة حكما المحكمة العليا الشرعية فى ١٢ اكتوبر سنة ١٨٩٨ و١١ مايو سنة ١٩٠٥ بمجلة المحاماة س ٧ ص ٩٣٢ و٩٣٣ رقم ٥٤٠ و٥٤٢ .

(٥) الهداية جـ ٢ ص ٢ ؛ وبداية المجتهد المرجع السابق .

كون إيقاع الطلاق غير متفق مع الحكمة التى دعت لتشريعه على مامر لأن المقصود بالطلاق الفرقة وهى حاصلة بالموت إذ الفرض أن المطلق يموت فى مرضه الذى طلق فيه وبذلك يكون المطلق قد قصد بطلاقه غير ما شرع له الطلاق [1] .

ثانيا — بتقييد استعمال الزوج لحق ايقاع الطلاق بوجوب أن يكون بحيث لا يترتب عليه ضرر بالزوجة .

والمقصود بالضرر هنا الضرر الذى يزيد على ما ينشأ عن حل رابطة الزوجية لأن الطلاق فى ذاته مضر بالمرأة غالبا كما تقدم . وبعبارة أخرى الضرر المقصود هنا ليس هو الضرر الذى ينشأ عن وقوع الطلاق مطلقاً وإنما هو الذى ينشأ عن وقوعه نتيجة لايقاعه اما بكيفية مخصوصة واما فى وقت مخصوص ينشأ عنهما ضرر بالمطلقة . ومن ذلك ما ذكره الفقهاء فى الطلاق الثلاث بلفظ واحد أو بألفاظ متتابعة فى طهر واحد ، وفى الطلاق فى أثناء الحيض .

فأما عن الطلاق الثلاث فانه يحرم على الزوج أن يطلق زوجته ثلاثا بلفظ واحد أو بألفاظ متتابعة فى طهر واحد ، وهو قول الحنفية [2] والمالكية [3] والحنابلة [4] والامامية [5] والزيدية . [6] والحكمة فى ذلك هى أن الأصل

---

(١) فاذا كانت الزوجة هى التى باشرت الطلاق فى مرض زوجها كأن يكون قد فوضه اليها أو إذا طلقها الزوج فى مرض موته بسؤالها فانها لاترث — الهداية المرجع السابق؛ وفتح القدير ج ٣ ص ١٥٢ و ١٥٣ ؛ والفتاوى الهندية ج ١ ص ٣٥٣ ؛ لأن سؤالها الطلاق أو مباشرتها له ينفى عن الزوج تهمة قصده حرمانها من الميراث .

(٢) المبسوط ج ٦ ص ٦ ؛ وفتح القدير ج ٣ ص ٢٣ وما بعدها .

(٣) الخرشى ج ٤ ص ٣٢ .

(٤) كشاف القناع ج ٣ ص ١٤٤ .

(٥) مجمع البيان ج ١ ص ١٣٩ .

(٦) المنتزع المختار ج ٢ ص ٣٨٨ .

فى الطلاق هو الحظر ، وقد أبيح لحاجة الخلاص عند عدم موافقة الأخلاق، وذلك يحصل بالطلقة الواحدة من غير أن تحرم بها الزوجة على زوجها فيكون لديه مجال لمراجعتها اذا ندم ، فاذا أوقع ثلاث تطليقات فقد سدّ باب التلافى والتدارك عند الندم ، وعارض الشارع لأنه (أى الشارع) جعل الطلاق متعددا لمعنى التدارك عند الندم ؛ وفضلا عن ذلك فان المطلق ثلاثا قد أضر بالمرأة من حيث أبطل محليتها بطلاقه هذا (١) .

وأما عن الطلاق فى أثناء الحيض فقد أجمع فقهاء الشريعة الاسلامية على أنه يحرم على الزوج ايقاع الطلاق بزوجته اذا كانت حائضا . (٢) والعلة

---

(١) المبسوط جـ٦ ص ٦؛ وفتح القدير جـ ٣ ص ٢٣ . ويلاحظ هنا ما رآه الامام ابن قيم الجوزية من أن الشريعة جعلت العدة ثلاث حيض ليطول زمن الرجعة ويتروى الزوج ويتمكن من الرجعة فى مدة العدة — زاد المعاد جـ ٢ ص ٢٣٩ . وهذا المعنى هو الذى دعا المالكية الى القول بأن الطلاق المسنون هو الذى يكون واحدة فقط ولا يزاد عليهـا ويحرم على الزوج إيقاع غيرها حتى تنتهى العدة — الخرشى المرجع السابق . ويرى الحنفية أن أحسن الطلاق هو ما كان كذلك إلا أنهم أباحوا إيقاع الطلاق ثلاث مرات فى ثلاثة أطهار بغير حرمة وذلك لتجدد رغبة الزوج فى إمساك زوجته فى كل طهر — المبسوط وفتح القدير المرجعان السابقان ، وحرم بعضهم إيقاع طلقـة واحدة بائنة للمعنى المذكور بالمتن — فتح القـدير جـ ٣ ص ٢٨ ؛ والبحر جـ ٣ ص ٢٥٦ و٢٥٧ . والحنابلة على أن أحسن الطلاق ما كان واحدة فقط ويكره للزوج طلاق زوجته مرتين قبل رجعة ولا يحرم عليه ذلك لأن الطلقتين لا تحرمان الزوجة عليه فله التدارك إذا ندم وإنما الـكراهية لأنه فوت على نفسه طلقة بغير فائدة — كشـاف القناع جـ ٣ ص ١٤٥ . ويرى الشافعية جواز جمع الطلقات الثلاث وحجتهم فى ذلك أن رجلا (اسمه عويمر العجلانى) لاعن امرأته أمام النبى (ص) ثم طلقها ثلاثاً بحضوره قبل أن يخبره رسول الله (ص) بحرمتها عليه باللعان ولم ينكر عليه رسول الله (ص) ذلك — يراجع نهاية المحتاج جـ ٦ ص ١١٢ و ١١٣ . ويرى المالـكية فى ذلك أنه باللعان حرمت عليه امرأته فوقع طلاقه فى غير محله كأنه طلق أجنبية عنه فلا يحتج بهذه الواقعـة فى القول بجواز هذا الطـلاق — مقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ٧٧ . وممن يرون جواز إيقاع الطلاق ثلاثاً مجموعة ابن حزم — المحلى جـ ١٠ مسألة رقم ١٩٤٩ ص ١٦١ و١٦٧ وما بعدها .

(٢) والأصـل فى ذلك ما روى عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهى حائض وكان ذلك فى عهد رسول الله (ص) فسأل عمر رسول الله (ص) عن ذلك فقال له « مره فليراجعهـا ثم

فى ذلك كما قال الفقهاء هى أن فى الطلاق أثناء الحيض ضرزا بالمطلقة بتطويل العدة عليها اذ أن الحيضة التى وقع الطلاق فيها لا تحتسب . (١) ولهذا ولأن الضرر خاص يصيب المطلقة نصوا على أنه لو سألت الزوجة زوجها الطلاق وهى حائض فلا يحرم عليه ايقاعه لرضاها بطول العدة (٢) .

فى الاثر المترتب على تجاوز حدود حق ايقاع الطلاق

كان اختلاف فقهاء الشريعة الاسلامية فى بيان الأثر المترتب على تجاوز حدود حق ايقاع الطلاق أشد وأظهر من اختلافهم فى بيان الطلاق المسنون

ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التى أمر الله أن تطلق لها النساء » وهو حديث متفق عليه — بلوغ المرام ص ٢٢٣ رقم ١٠٩٩ ؛ ويراجع نيل الأوطار جـ ٧ ص ٤ وما بعدها، وما ورد فى آخر الحديث اشارة لقوله تعالى « يأيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ... » سورة الطلاق آية رقم ١ . وحكم تحريم الطلاق فى أثناء الحيض متفق عليه بين جميع الفرق والمذاهب الاسلامية — يراجع المبسوط جـ ٦ ص ٧ ؛ وفتح القدير جـ ٣ ص ٢٣ و ٢٤ ؛ ومواهب الجليل جـ ٤ ص ٤٠ ؛ والخرشى جـ ٤ ص ٣٣ ؛ ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ١٠٩ ؛ وكشاف القناع جـ ٣ ص ١٤٤ ؛ ومجمع البيان للطبرسى جـ ٢ ص ٥١٠ ؛ والمنتزع المختار جـ ٢ ص ٣٨٨ ؛ والمحلى جـ ١٠ مسألة رقم ١٩٤٩ ص ١٦١ .

(١) وهذا على قول الحنفية الذين يقولون ان العدة تحتسب بالحيضات ولهذا المعنى قال بعضهم ان الأحسن أن يطلقها فى آخر الطهر ليكون أبعد عن اطالة العدة — المبسوط جـ ٦ ص ٧ و ٨ . وتعليل المنع بهذا هو ما قاله فقهاء الشافعية وبعض المالكية ، وقال البعض الآخر ان المنع هنا تعبد لا تعلم له علة — الخرشى جـ ٤ ص ٣٤ ، وحاشية العدوى بهامشه ، ويراجع نهاية المحتاج جـ ٦ ص ١٠٩ ، وتطويل العدة عندهم يكون بما بقى من مدة الحيض لأن العدة على رأيهم تحسب بالاطهار — يراجع الخلاف فى تفسير الاقراء فى بداية المجتهد جـ ٢ ص ٧٧ وما بعدها . ويلاحظ أن فى تحريم ايقاع الطلاق فى أثناء الحيض معنى يرجع الى عدم تحقق كمال الرغبة وخوف الندم لأن حالة الحيض زمن نفرة الطبع عن الزوجة ، كما أن فى تحريم التطليق عقب الجماع معنى يرجع الى منع الضرر عن المرأة لاشتباه أمر العدة عليها هل تعتد بالاقراء أو بوضع الحمل — يراجع المبسوط جـ ٦ ص ٦ و ١٠ .

(٢) الخرشى ونهاية المحتاج المرجعان السابقان — وعلى هذا الأساس أجازوا الخلع فى أثناء الحيض — المرجعان السابقان ؛ والبحر جـ ٣ ص ٢٥٧ ؛ وكشاف القناع جـ ٣ ص ١٤٦ .

وما خرج عن السنة . وقد اتفقوا جميعا على أن الطلاق البدعى، وهو ما يوقعه الزوج متجاوزا فيه القيود المتقدمة، طلاق محرم ديانة بحيث يأثم الزوج لايقاعه. وعلى هذا الأثر اقتصر فريق كبير من علماء الشريعة الاسلامية فأقروا الطلاق الذى يكون كذلك . وفريق آخر يرى أن مثل هذا الطلاق لا يقع ، فهو على النقيض من الرأى الأول . وفريق ثالث توسط بين الرأيين فقضى بوقوع الطلاق ولكن بقيود معينة ترمى الى رفع الضرر الناتج عنه أو تخفيفه .

الرأى الأول — الاقتصار على الحرمة الدينية

يقضى هذا الرأى بأن الزوج إذا أوقع الطلاق فانه يقع كما أوقعه ويترتب عليه حكمه الشرعى ، سواء كان ايقاعه على وجه السنة أو كان مخالفا لها . فان كان على وجه السنة فلاشىء على المطلق ، وان خالفها بأن تجاوز القيود السالفة، كما لو طلق فى أثناء الحيض ، أو فى طهر جامع فيه، أو طلق ثلاثا بلفظ واحد أو بالفاظ متتابعة (على رأى من يقول بمنع هذا الطلاق) فانه يأثم ديانة . وعلى هذا الرأى فقهاء المذاهب الاربعة السنية [١] ، ومذهب الشيعة الزيدية [٢] .

الرأى الثانى — عدم وقوع الطلاق .

يقول أصحاب هذا الرأى ان الطلاق البدعى لا يقع، فمن طلق زوجته

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٢٤ ؛ ومواهب الجليل ج ٤ ص ٣٩ ؛ والخرشى ج ٤ ص ٣٢ و ٣٣ ؛ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ١٠٨ وما بعدها ؛ وكشاف القناع ج ٣ ص ١٤٤ وما بعدها . وتراجع حجج هذا الفريق فى فتح القدير المرجع السابق ؛ ونيل الأوطار ج ٧ ص ٤ وما بعدها . وفيما يتعلق بالطلاق الثلاث يراجع مقال « الطلاق الثلاث » للشيخ محمد عبد العزيز الخولى بمجلة القضاء الشرعى س ٤ ص ١٨١ ومابعدها ؛ ومقال « حول فتوى الطلاق الثلاث — رد على نقد » بقلم « عبد الرحمن الجمجمونى » بمجلة المحاماة الشرعية س ١ ص ٦٨١ وما بعدها وص ٨٦٥ وما بعدها .

(٢) المنتزع المختار ج ٢ ص ٣٩٠ .

وهى حائض أو فى طهر جامعها فيه أو ثلاثا بلفظ واحد فلا يقع الطلاق وتبقى الزوجية كما كانت . ووجه قولهم هذا هو أن الأمر بايقاع الطلاق على وجه مخصوص يقتضى الايجاب، فما وقع على غير هذا الوجه المخصوص لا يعتبر لما روى عن النبى (ص) أنه قال « من أحدث فى أمرنا هذا ماليس منه فهو رد ».(١) ومن هذا الرأى فقهاء الشيعة الامامية(٢)،وأهل الظاهر(٣). وهو ما اختاره شيخ الاسلام ابن تيمية فى الطلاق أثناء الحيض أو فى طهر عقب جماع .(٤)

الرأى الثالث — التوسط بين الرأيين السابقين .

لم يقل الفريق الذى يأخذ بهذا الرأى ان الطلاق البدعى لايقع ، وانما يتفق مع الفريق الأول فى أنه يقع ، الا أنهم لم يقصروا أثر البدعة هنا على الحرمة الدينية بل عملوا على رفع المعنى غير المشروع فى هذا الطلاق فيما يحتمله من أنواعه ، وذلك فى الطلاق الثلاث بلفظ واحد أو بألفاظ متتابعة ، وفى الطلاق أثناء الحيض .

فأما عن الطلاق الثلاث فيرى فريق من الفقهاء أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد أو بألفاظ متتابعة تقع به طلقة واحدة رجعية ، ومن هذا الرأى بعض فقهاء الشيعة الامامية (٥)، والامامان ابن تيمية وابن قيم الجوزية .(٦) وقد

(١) رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية لمسلم « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » — يراجع فى هذا الحديث وتطبيقه فقها جامع العلوم والحكم ص ٤٢ وما بعدها .

(٢) مجمع البيان للطبرسى ج ١ ص ١٣٩ فى الطلاق الثلاث ، وج ٢ ص ٥١٠ فى الطلاق أثناء الحيض أو فى طهر جومع فيه . ويراجع مقال « الطلاق الثلاث » السابق الاشارة اليه .

(٣) المحلى ج ١٠ مسألة رقم ١٩٤٩ ص ١٦١ وما بعدها . وذلك فيما عدا الطلاق الثلاث لأن جمع الطلقات جائز عنده كما تقدم .

(٤) الاختيارات العلمية ص ١٥١ .

(٥) مجمع البيان للطبرسى ج ٢ ص ٥١٠ .

(٦) تراجع الاختيارات العلمية ص ١٥١، وتراجع أدلتهم فى أعلام الموقعين ج ٣ ص ٢٤

ذهب إلى هذا القول بعض العلماء المعاصرين[1]. وهو ما أخذ به المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى المادة الثالثة منه[2].

وأما عن الطلاق فى أثناء الحيض فان المالكية مع قولهم بوقوعه يقولون بأن الزوج يجبر على مراجعة مطلقته، فان أبى هدده القاضى ثم سجنه ثم ضربه وان لم يراجعها رغم ذلك ارتجعها له القاضى[3]. ويرى الأئمة أبو حنيفة والشافعى وأحمد أن الزوج يؤمر بالرجعة ولا يجبر عليها[4].

ووجه وجوب الرجعة هنا هو رفع الضرر الناشىء عن الطلاق فى الحيض مما سبق بيانه.

الفرع الثانى — فى الأثر المترتب على إيقاع الطلاق

اذا أوقع الزوج الطلاق بزوجته فان الطلاق يقع بالاجماع اذا كان سنيا وهو ما وافق الحدود المرسومة له شرعا كما تقدم، وعلى رأى فريق من الفقهاء سواء

ومابعدها؛ وزاد المعاد ج ٢ ص ٢٥٦ ومابعدها؛ ونيل الأوطار ج ٧ ص١٧ وما بعدها؛ ومقال «الطلاق الثلاث» السابق الاشارة اليه.

(١) يراجع مقال «أجتهاد عمر — التطليق ثلاثا بلفظ واحد» لأحد علماء مدرسة القضاء الشرعى بمجلة القضاء الشرعى س ١ ص٥٠ وما بعدها؛ ونقد فتوى فضيلة مفتى الديار المصرية بقلم «ط. ر» المنشور بمجلة المحاماة الشرعية س ١ ص ٤٧١ وما بعدها.

(٢) تراجع المذكرة الايضاحية لهذا القانون.

(٣) وقد اختلفوا فى الوقت الذى يجبر فيه المطلق على الرجعة فقال البعض بالاجبار مالم تطهر المطلقة من الحيضة الثانية ولكن الرأى الراجح عندهم هو أن المطلق يجبر على الرجعة ما دامت الزوجة فى العدة — يراجع الخرشى ج ٤ ص ٣٣ و ٣٤. ولا يكون الاجبار على الرجعة الا فى الطلاق الرجعى — مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٠.

(٤) بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٦. والأصل الذى بنى عليه الامام مالك رأيه فى الاجبار على الرجعة هو حديث ابن عمر المتقدم ذكره فى طلاق امرأته وهى حائض فان النبى (ص) أمر عمر رضى الله عنه بأن يأمر ابنه بمراجعتها. ومن لم ير الاجبار على الرجعة استند الى أن الأمر بالأمر بالشىء ليس أمرا بذلك الشىء — يراجع نيل الأوطار ج ٧ ص ٥، ونهاية المحتاج ج ٦ ص ١١١.

كان سنيا أو بدعيا . ومن هذا الرأى الأخير فقهاء المذاهب الأربعة السنية كما ذكرنا .

ولما كان الطلاق قاطعا لرابطة الزوجيـة فهو فى الغالب مضر بالمرأة خصوصا اذا لوحظ أن حالها يتغير بعد الطلاق مما يجعل زواجها من جديد أمراً غير ميسور فى كثير من الحالات بخلاف حال الزوج . ومن أجل ذلك رتبت الشريعة الاسلامية على الطلاق أثراً يرمى الى تخفيف هذا الضرر عن المطلقة وذلك بما تفرضه على الزوج من المتعة لمطلقته على ما يلى :

فى المتعة :

ليس من السهل وضع تعريف فقهى دقيق للمتعة يعرفها فى جميع المذاهب نظرا للاختلاف الحاصل فى أحكامها . الا أنه يمكن تعريفها بصفة عامة تقربها للذهن بأنها ما يدفعه الرجل لمطلقته بعد الفرقة بينهما .(١)

وأساسها من التشريع ما ورد بالقرآن الكريم من قوله تعالى « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقا على المحسنين »(٢)، وقوله « وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين »(٣)، وقوله « يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا » . (٤)

وقد اختلف الفقهاء فى تأويل هذه الآيات :

---

(١) وسميت بالمتعة لأن المطلقة تتمتع بها أى تنتفع — أحمد ابراهيم بك بند ٢٠٣ ؛ ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ٢٤ .

(٢) سورة البقرة آية رقم ٢٣٦ .

(٣) سورة البقرة آية رقم ٢٤١ .

(٤) سورة الأحزاب آية رقم ٤٩ .

فيرى البعض أن ما جاء بها عن المتعة ذكر على سبيل الندب والارشاد الى أن يمتع الرجل مطلقته، فان فعل فبها وإلا لم يجبره الحاكم على دفعها.[١] وعلى هذا الوجه من التأويل مذهب المالكية فانهم يرون أن المتعة مندوب اليها ولا يجبر المطلق عليها.[٢] وحجتهم فى ذلك هى أن الآيات المتقدمة تأمر بالمتعة، الا أن هذا الأمر اقترن بما يصرفه عن الوجوب إلى الندب، لان الأمر هنا تخصص بالمحسنين والمتقين بقوله تعالى « حقا على المحسنين » و « حقا على المتقين » ولا يعلم المحسنين من غير المحسنين سوى الله تعالى لان الاحسان فيما بين العبد وخالقه، فلما علق تعالى المتعة بصفة لا يعلمها غيره دل أنه لم يوجب الحكم بها على الحكام اذ لم يجعل لهم طريقا لتميز المأمور بها، ولو كانت واجبة وجوب الحقوق اللازمة للاموال بكل حال لم يخصص المحسنين والمتقين بأنها حق عليهم دون غيرهم بل كان يكون ذلك معموما به كل أحد من الناس[٣].

وقال غيرهم ان المتعة المشار اليه فى هذه الآيات على نوعين: متعة يقضى بها، ومتعة لا يقضى بها وإنما تلزم المطلق فيما بينه وبين الله[٤]. وممن أخذ بهذا الرأى فقهاء الحنفية والحنابلة على القول المشهور عندهم[٥]. فتجب المتعة للمطلقة قبل الدخول إذا لم يكن قد سمى لها مهر لعموم قوله تعالى « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن

---

(١) الطبرى جـ ٢ ص ٣٠٧.

(٢) المدونة جـ ٢ ص ٢٢٩؛ ومقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ٢٥٠؛ والزرقانى جـ ٤ ص ١٤٩؛ والخرشى جـ ٤ ص ١٠٢؛ والتاج والاكليل جـ ٤ ص ١٠٥.

(٣) يراجع فى ذلك الطبرى جـ ٢ ص ٣٠٨؛ ومقدمات ابن رشد والخرشى المرجعان السابقان. ويراجع الرد على هذا التدليل فى المحلى جـ ١٠ ص ٢٤٥ و ٢٤٦.

(٤) الطبرى جـ ٢ ص ٣٠٧.

(٥) وتوجد رواية أخرى عن الامام أحمد بن حنبل بوجوب المتعة لكل مطلقة — الاختيارات العلمية ص ١٤١.

على الموسع قدره وعلى المقتر قدره . . . » والأمر هنا يقتضى الوجوب ، ولا يعارضه قوله « حقاً على المحسنين » لأن القيام بالواجب من الاحسان فضلا عن أن هذا القول يدل على التأكيد . وأما التى سمى لها مهر فلا تستحق إلا نصف المسمى لقوله تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم » ، فليس لهذه المطلقة متعة لاواجبة ولامستحبة. وأما المستحبة فللمطلقة المدخول بها سواء سمى لها مهر أولم يسم لأنه اذا سمى لها المهر فقد وجب المسمى وإلا فمهر المثل[1]. وقد فسروا قوله تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين » بأن المتاع هو كل ما ينتفع به فمتى أوجبنا للمطلقات شيئاً مماينتفع به من مهر أونفقة فقد قضينا عهدة الآية ، وليس بواجب إذا أوجبنا للمطلقة ضربا من المتعة أن نوجب لها سائر ضروبها لأن قوله تعالى « وللمطلقات متاع » إنما يقتضى أدنى ما يقع عليه الاسم[2] .

ويقوم هذا الرأى على اعتبار أن المتعة الواجبة تقوم مقام المهر .

ويرى فريق ثالث أن المتعة واجبة لكل مطلقة إلا التى طلقت قبل الدخول وقد سمى لها مهر فان الواجب لها فى هذه الحالة هو نصف المسمى[3]. ومن هذا الرأى فقهاء الشافعية[4] وهو ما اختاره شيخ الاسلام ابن تيمية[5]، وحجتهم فى ذلك أن قوله تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين » يدل على أن كل مطلقة لها متعة، وقد استثنى من ذلك المطلقة قبل الدخول وقد

(١) يراجع فى جميع ماتقدم: الهداية جـ ١ ص١٦١؛ وفتح القدير جـ ٢ ص٤٤٨ و٤٤٩ ؛ وأحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٤٢٨ وما بعدها ؛ وكشاف القناع جـ ٣ ص ٩٣ و٩٤ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٤٣٢ .

(٣) الطبرى جـ ٢ ص ٣٠٦ .

(٤) نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٢٤ .

(٥) الاختيارات العلمية ص ١٤١ .

سمى لها مهر لقوله تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » فلم يجعل لها غير نصف الصداق . ووجه الاستثناء هنا أنه جعل المتعة للمطلقة قبل الدخول إذا لم يسم لها صداقا بقوله « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن . . . » فقد خص المتعة بالمطلقة قبل الدخول بغير صداق مسمى وهذا دليل على أن حكم كل منهما يختلف عن الآخر . [1] .

ويرى آخرون أن المتعة واجبة على المطلق سواء أكان طلاقه قبل الدخول أم بعده وسواء أكان قد فرض للمطلقة صداقا أم لم يفرض . وهو رأى أهل الظاهر[2] وبه قال الامام ابن جرير الطبرى[3]. ووجه هذا القول هو أن فى قوله تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين » دليلا على وجوب المتعة لكل مطلقة ولم يخصص منهن بعض دون بعض ولايجوز التخصيص إلا بدليل . وأما قوله تعالى «وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم » فهو وإن كان يدل على أن للمطلقة قبل الدخول التى سمى لها صداق نصف هذا الصداق فانه لايدل على أنه ليس لها المتعة لأن المتعة واجبة بالآية المتقدمة والجمع بين حكم الآيتين ليس محالا فلا يصح القول بأن هذه الآية الأخيرة خصصت حكم الآية الأولى[4]. وعلى هذا الرأى تكون المتعة حقاً واجباً للمرأة على مطلقها فى جميع الحالات يستوفى منه كصداقها وسائر ديونها [5] .

---

(١) الطبرى المرجع السابق .

(٢) المحلى جـ ١٠ مسألة رقم ١٩٨٤ ص ٢٤٥ وما بعدها .

(٣) الطبرى جـ ٢ ص ٣٠٨ و ٣٠٩ .

(٤) يراجع تفصيل ذلك فى الطبرى جـ ٢ ص٣٠٨و٣٠٩؛ والمحلى جـ١٠ مسألة رقم١٩٨٤ ص ٢٤٥ وما بعدها حيث رد على الأقوال الأخرى الآنف ذكرها .

(٥) الطبرى والمحلى المرجعان السابقان .

وقد كان اختلاف الرأى فى وجوب المتعة على ماتقدم نتيجة لاختلاف النظر فى الحكمة التى دعت لتشريعها .

فعند أصحاب الرأى الأخير الذى يوجبها لكل مطلقة هى شرع غير معلل فتأخذ المطلقة المتعة فى كل الأحوال حتى ولو كانت مختلعة من زوجها فتأخذ متعتها و تعطيه بدل الخلع [١] .

وأما المالكية فيقولون ان المتعة إنما أمر المطلق بها تطييبا لنفس المرأة عما يرد عليها من ألم الطلاق وتسلية لها عن الفراق [٢]. ومن أجل ذلك قرروا أن المتعة تكون للمطلقة بائنا بعد الطلاق لحصول الوحشة بألم الفراق ، ولا تكون للمطلقة رجعياً إلا بعد مضى العدة لأنها ما دامت فى العدة ترجو المراجعة فلاوحشة عندها ، وكذلك لا متعة إذا كان الطلاق من جهتها أو برضاها كما لو اختارت نفسها أو اختلعت منه بعوض منها أو من غيرها برضاها ، والسبب فى ذلك كله هو أنه لا إيحاش لأن الفرقة جاءت من قبلها [٣].

ويتفق الشافعية مع المالكية فى حكمة المتعة فهم يوجبونها على الزوج لأنه أوحشها بالطلاق. وعلى ذلك قالوا بأنها لاتجب كلما انتفى هذا المعنى كما لوكان سبب الفرقة هوموت الزوج أو كان الطلاق بسبب الزوجة [٤]. وأما الحنفية فيقولون ان المتعة تجب بدلا عن مهر المثل، فعلة الايحاش منتفية لأن الطلاق حصل باذن الشرع ولا جناية فيه بل انه قد يكون مستحبا [٥] . والحنابلة

(١) المحلى المرجع السابق ؛ وبداية المجتهد جـ ٢ ص ٨٥ .

(٢) مقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ٢٥٠ بنصه ؛ والخرشى جـ ٤ ص ١٠٢ ؛ وحاشية العدوى بهامشه ؛ والتاج والاكليل جـ ٤ ص ١٠٥ ؛ والزرقانى جـ ٤ ص ١٤٩

(٣) تراجع المدونة جـ ٢ ص ٢٢٩ و ٢٣٠ ومقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ٢٥٢ ؛ والخرشى جـ ٤ ص ١٠٢ و ١٠٣ ؛ والعدوى بهامشه ؛ والزرقانى جـ ٤ ص ١٤٩ و ١٥٠ . وكذلك لامتعة لمن تطلق قبل الدخول وقد سمى لها صداق وذلك لأنها تأخذ نصف الصداق وهى لم تمس — المراجع السابقة . فكأنهم اعتبروا نصف الصداق هنا قائم مقام المتعة فى جبر الايحاش .

(٤) نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٢٤ و ٢٥ .

(٥) فتح القدير جـ ٣ ص ٤٤٩ .

كالحنفية فى ذلك [١] .

والذى ينبغى القول به — على ما نرى — هو أن يؤخذ بقول من قال ان الآيات الكريمة الخاصة بالمتعة جاءت على وجه الايجاب فهى توجب المتعة لكل مطلقة وذلك لعموم نص هذه الآيات ، مع تقييد هذا الاطلاق بالحكمة التى من أجلها شرعت المتعة على حسب قول المالكية والشافعية وهى جبر الايحاش الذى يصيب المطلقة بسبب الطلاق . وعلى ذلك تكون المتعة واجبة لكل مطلقة (سواء أكان طلاقها قبل الدخول أم كان بعده وسواء سمى لها مهر أو لم يسم) يتحقق فى طلاقها معنى الايحاش . وبذلك لاتجب المتعة لمن يكون سبب الطلاق من جهتها لأنه لا إيحاش فى هذا الطلاق إذا كانت المطلقة هى التى باشرته كالمخيرة والمختلعة لرضاها به . وينبغى أن لا نقصر هذه الحالة على صورة مباشرة المطلقة للطلاق بل يجب أن تشمل الحالات التى تكون هى المتسببة فيها فى الطلاق ولو أوقعه الزوج، كما لو اعوج سيرها أو ساء خلقها حتى ألجأت الزوج إلى طلاقها فانها هى التى تسببت فيما يلحقها من الايحاش ولا يتسنى لنا أن نجبر الزوج على جبر ما لم يتسبب هو فيه . وإذا أخرجنا هذه الصور من الفروض المحتملة للطلاق تبقى حالة مالو طلق الزوج زوجته من غير داع مشروع للطلاق ففى هذه الحالة فقط تكون المتعة واجبة على الرجل لمطلقته . ووجوب المتعة بهذه الكيفية يجعلها تعويضاً للمطلقة عما يلحقها من ضرر بسبب الطلاق . وذلك يتفق مع ماقاله المالكية والشافعية من أن الغرض منها جبر إيحاش المطلقة . ويؤيد ذلك ما ذكره فقهاء المالكية من أن المتعة مندوب اليها ولو كان الزوج مريضاً مرضاً مخوفا لأنه أمر بها فى مقابلة كسر (خاطر) المطلقة فلم تكن تبرعا [٢] .

---

(١) كشاف القناع ج ٣ ص ٩٤ .

(٢) الزرقانى ج ٤ ص ١٤٩ ؛ وحاشية العدوى على الخرشى ج ٤ ص ١٠٢ .

وقد قضت محكمة استئناف الجزائر فى ١٠ و١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ بما يتفق وهذا الرأى

ويلاحظ أن الضرر الذى افترض الفقهاء جبره بالمتعة أدبى محض، وهذا ظاهر من قولهم ان المقصـــود بها تطييب نفس المرأة عما يرد عليها من ألم الطلاق وتسلية لها عن الفراق. ويزيد هذا المعنى وضوحا ما قاله بعض فقهاء الشافعية من أن المتعة تجب فى الطلاق الرجعى وان راجعها قبل انقضاء عدتها، وتتكرر بتكرره (١). فان ذلك يدل على أن المقصود تعويض الضرر الأدبى لأن المطلقة رجعياً فى أثناء العدة نفقتها على زوجها بل ان الزوجية باقية حكما فاستحقاق المطلقة للمتعة ولو راجعها الزوج يدل على أن المقصود تعويض الضرر الأدبى لأنه هو فقط الذى يصيبها فى هذه الحالة، وكذلك القول بتكرر المتعة مع تكرر الطلاق يدل على ذلك لأن الضرر الأدبى هو الذى يتكرر بتكرر الطلاق أما الضرر المادى فلا يتكرر فى هذه الحالة لأنه هو الذى يلحقها سواء طلقت مرة أو مرتين أو ثلاثا.

على أن هذا النظر لا يدل على امتناع تعويض الضرر المادى عند النظر فى تقدير المتعة فمراعاته أولى إن وجد. ولعل السبب فى اغفال علماء الشريعة الاسلامية الاشارة اليه راجع الى أن الضرر الأدبى هو الذى يتوافر فى كل حالة من حالات الطلاق الذى يوجب المتعة على ما تقدم، وأما الضرر المادى فقد يوجد وقد لا يوجد وهو مع وجود النفقة الواجبة فى العدة أقل ظهوراً.

أما تقدير المتعة فقد اختلفوا فيه والاصح هو أنه لا حد للمتعة وانما هى على قدر حال الزوجين فيقدرها القاضى بما يراه معتبرا حالهما. (٢)

فقررت ما ملخصه أن الطلاق بغير سبب مشروع يدعو اليـه يوجب على المطلق تعويض من طلقها عما لحقها بسبب هذا الطلاق واستعرضت فى أسباب هذين الحـكمين أحكام المتعة وقررت أنها مشروعة لتعويض ما ينتج عن الطلاق الذى يكون من هذا القبيل – يراجع الحـكمان فى المجلة الجزائرية « Revue Algerienne » سنة ١٩٢٥ القسم الثانى ص ١١٧ وما بعدها وص١٢٨ ومابعدها وتعليق الأستاذ موران« M. Morand » عليهما ص١١٨ و١١٩ بالهامش.

(١) نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٢٤.

(٢) مقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ٢٥٢؛ ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ٢٥؛ وأحكام القرآن

الفرع الثالث — الطلاق والقضاء المصرى الحديث

رأينا كيف أن الشريعة الأسلامية قيدت حق الزوج فى ايقاع الطلاق كغيره من الحقوق . وفضلا عن ذلك فقد فرضت على المطلق لمطلقته ما فيه جبر لما يصيبها من الطلاق . ولننظر الآن فيما رآه القضاء المصرى فى هذا الموضوع . ونقصد بالقضاء المصرى هنا قضاء المحاكم المختلطة وقضاء المحاكم الأهلية .

وقد كان عرض هذا الموضوع على القضائين المختلط والأهلى لمناسبة المطالبة بتعويض عن إيقاع الطلاق . (١) وأما المنازعات الأخرى الخاصة بالطلاق فى ذاته من حيث وجوه الفرقة وما يقع به الطلاق وما لا يقع به فهى من اختصاص المحاكم الشرعية ، وتخرج عن عمل المحاكم المختلطة بالمادة ٤ من القانون المدنى المختلط ، والمحاكم الاهلية بالمادة ١٦ من لائحة ترتيبها . ولم ينازع أحد فى اختصاص المحاكم الشرعية بذلك . وفضلا عن ذلك فلا تملك المحاكم الأخرى المساس بأحكامها فيه . (٢)

الجصاص جـ ١ ص ٤٣٣ و ٤٣٤ . وهنـاك آراء أخرى فى تقدير المتعـة تتفق مع ما يراه أصحابها فى وجوبها والمقصود منها . ومن ذلك أن الحنفية والحنابلة يرون أن المتعة لا تتعدى فى أقصاها نصف مهر المثل لأنها عندهم بدل عنه كما تقدم — يراجع البحر جـ ٣ ص١٥٨ ؛ وكشاف القناع جـ ٣ ص ٩٤ .

(١) ومثل هذا النزاع يخرج عن اختصاص المحاكم الشرعية — قواعد المرافعات للأستاذ محمد العشماوى بك جـ ١ ص ١٢٥ . ويرى البعض أن المحاكم الشرعية هى الأولى بالاختصاص فى المنازعات التى من هذا القبيـل ، ولـكن صاحب هذا الرأى يقر بأن الأمر يحتاج إلى تشريع جديد فقوله لا يتعدى الاقتراح — يراجع مقال « مبـدأ تعويض المرأة بسبب الطلاق » بقلم « عبد الله صيام » بمجلة المحاماة الشرعية س ٢ ص ٦٠١ وما بعدها .

(٢) يراجع حكم استئناف مصر الأهلية فى ٢٢ يونيه سـنة ١٩٣١ المحاماه س ١٢ ص ٤٤٣ رقم ٢٢٢ .

اولا — فى القضاء المختلط

لم نعثر إلا على حكم واحد فى هذا الموضوع . وتتلخص وقائع القضية التى صدر فيها فى أن مصريا مسلما تزوج بأجنبية غير مسلمة ثم طلقها ، فاستردت جنسيتها الأولى التى كانت لها قبل الزواج، وقاضت مطلقها أمام القضاء المختلط مطالبة اياه بتعويض مالى عن طلاقه إياها واستندت فى ذلك على أنه أساء فى استعماله لحقه فى إيقاع الطلاق مما يجعله مسئولا عن تعويض الضرر الذى أصابها من جراء ذلك . فقضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٠ يونيه سنة ١٩٢٢ برفض دعواها هذه استنادا على أن إيقاع الطلاق حق مطلق للزوج المسلم يستعمله كيف شاء ، فليس لمن تتزوج به وهى عالمة بذلك أن تطلب تعويضا عنه بحد وقوعه ، وان التعويض الوحيد الذى لها هو مؤخر الصداق . (١)

وهذا الحكم وان كان بعيدا عن أن يعتبر قضاء مستقرا فى الموضوع فانه قرر قاعدتين على جانب كبير من الخطورة ذكرهما على أنهما حكم الشريعة الاسلامية فيما فصل فيه وهما : ١ — ان ايقاع الطلاق حق مطلق للزوج يستعمله كيف شاء ، ٢ — ان مؤخر الصداق هو التعويض الوحيد الذى يكون للمطلقة قبل مطلقها . وسنرى قيمة هذا القول طبقا للشريعة الاسلامية بعد أن نبين ما رآه القضاء الاهلى .

ثانيا — فى القضاء الاهلى

لم يستقر القضاء الأهلى على رأى فى هذا الشأن ، ولم تكن الأحكام التى أصدرها فى موضوعنا هذا من التعدد والتوافق بحيث يستبين منها اتجاه مخصوص

(١) جازت س ١٣ ص ٥٥ رقم ٩٩ وتعليق المجلة على ملخص الحكم ؛ بلتان س ٣٤ ص ٤٨٦ .

نحو تقرير مبدأ معين . فلم نعثر الا على بضعة أحكام ان تبين منها شيء فهو أن قضاء المحاكم الابتدائية اتجه فى الاحكام القليلة التى أصدرها اتجاها معيناً أنكرته محكمة استئناف مصر فى حكمها الوحيد الذى عثرنا عليه (١) . ولم يعرض الأمر على محكمة النقض حتى كانت تقرر مبدأ تتبعه المحاكم الأخرى فى قضائها .

والمحاكم الابتدائية — فيما أصدرته من الأحكام — ترى أن الطلاق فى الأصل ممنوع ، وهو لا يباح الا لحاجة ، فهو ليس مباحا للزوج اباحة مطلقة وانما هو حق مقيد ليس له أن يستعمله إلا إذا تحققت الحاجة اليه(٢). فاذا أوقع الزوج الطلاق بغير سبب يكون قد أساء فى استعمال حقه ويلزم بتعويض الضرر الناتج عنه (٣) سواء كان هذا الضرر ماديا (٤) أو أدبيا . (٥)

(١) ومع ذلك قضت محكمة مصر الابتدائية الأهلية بحكمها الصادر فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة س ١٥ القسم الثانى رقم ١٢٧ ص ٢٥٦) بما يتفق ورأى محكمة الاستئناف فى حكمها هذا كما سيجيء .

(٢) شبين الكوم الكلية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ ، المحاماة س ١١ ص ٥٤٠ رقم ٢٧٧ . ويلاحظ أن المحكمة فى هذا الحكم وصفت الطلاق بأنه « حق محظور » وهو تعبير غير سليم إذ أن شقيه متعارضان فالحق والحظر لا يجتمعان ولعل الأصح هنا أن يقال انه حق مقيد — كما قلنا بالمتن — وبذلك يستقيم المعنى .

(٣) شبين الكوم الحكم السابق ؛ ومصر الأهلية فى ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية س٢٨ رقم ٦٥ ص١٠٧ ، المحاماة س٦ رقم ٢٥٥ ص٣٣٣ ؛ ومصر الأهلية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة س ١٣ رقم ٥٦٤ ص ١١٣٣ .

(٤) كما لو كانت المطلقة تمارس عملا تكتسب منه قبل زواجها وتركته بسبب الزواج — يراجع حكم مصر الكلية الأهلية فى ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ ، وشبين الكوم الكلية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ السابق الاشارة اليهما .

(٥) كما لو كانت ملابسات الطلاق مما يثير الظنون حول سمعة المطلقة — حكما مصر الأهلية فى ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ و ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ السابق الاشارة اليهما .

وقد قضت محكمة شبين الكوم بحكمها الآنف الذكر أنه إذا تعهد الزوج لزوجته بأنه لا يتزوج عليها والا طلقت منه طلقة بائنة ويدفع لها فوق ذلك مبلغاً معيناً على سبيل التعويض فهذا التعهد صحيح وليس فيه ما يخالف النظام العام — تراجع أسباب الحكم .

أما محكمة استئناف مصر فلم تأخذ بهذا الرأى[1]، وقضت بحكمها الصادر فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٨[2] بأن «حق الطلاق مخول فى الشريعة للزوج ولا يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها التى يراعى فى تقديرها حالة المطلق المالية وهذا أمر مجمع عليه فى كتب أئمة المسلمين ولا خلاف فيه عند فقهائهم»، وان «المادة ١٥١ من القانون المدنى وهى المقررة لتعويض الضرر الذى ينشأ عن الافعال لا محل لتطبيقها فى هذه القضية مادام أن القانون الخاص الذى يخضع له طرفا الخصومة وهو القانون الشرعى قد نص على التعويض الذى تستحقه الزوجة فى حالة الطلاق ولا سيما أن المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية قد صرحت بمنعها من النظر فى مسائل الانكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة وغيرها وحسنا فعل واضع القانون بحجر ذلك عليها لأن السماح به يفتح بابا واسعا فى الخوض فى أسرار البيوت وفى أخفى العلاقات وأجدر أسباب الطلاق بالستر وهذه هى حكمة تحديد القوانين الفقهية للتعويض بنفقة العدة»، وأن «الجرى على خلاف ذلك قد يكون فيه احراج للأزواج والزامهم معاشرة من لا يطيقون معاشرتهن من النساء لعيوب نفسية أو خلقية وفى ذلك من نكد العيش على الزوجين مالا يخفى وفيه أيضا مخالفة لمقتضى الفطرة ولما منّ الله به على عباده فى الآية الكريمة وهى قوله (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة ان فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون) فان الزوجة اذا كانت معيبة فى خلقها أو فى خلقها لا تسكن اليها النفس

---

(١) وجارتها فى ذلك محكمة مصر فى حكمها الصادر فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ والسابق الاشارة اليه .

(٢) المحاماة س ٨ ص ٤٩٧ رقم ٣٢٥ فى الاستئناف المرفوع عن الحكم الصادر من محكمة مصر الأهلية فى ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ والآنف ذكره . وقد رأينا أن نثبت فى المتن عبارة الحكم بنصها فيما عدا الوقائع .

ولا تكون مصدرا للمودة والرحمة فاستمرار المعيشة معها يجعل العيش كريها.

والقواعد التي تستنتج من هذا الحكم هي: ١ — أن الطلاق حق مطلق للزوج ولا يترتب عليه للمطلقة سوى استحقاقها لمؤخر صداقها ونفقة عدتها. ٢ — ان مؤخر الصداق ونفقة العدة مقررة كتعويض للزوجة عن الطلاق وليس للمطلقة غير هذا التعويض، ٣ — ان المشرع أخرج مسائل الانكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة وغيرها من اختصاص المحاكم الأهلية بالمادة ١٦ من لائحة ترتيبها حتى لا يكون ذلك مدعاة للبحث في أسرار البيوت. وظاهر من ذلك أن النتيجة التي وصلت اليها محكمة استئناف مصر الأهلية توافق ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة على ما مر بنا.

***

هذا هو قول القضاء المصري في الموضوع. ويتبين منه أن محكمتي الاستئناف المختلطة والأهلية على رأي، وقضاء المحاكم الابتدائية الأهلية على النقيض منه. فأي الرأيين أقوم سبيلا؟

اذا طبقنا المبادىء التي أقرها فقهاء الشريعة الاسلامية في الطلاق — وهي المبادىء التي سلمت جميع المحاكم المصرية بوجوب تطبيقها فيما نحن فيه — اذا طبقنا هذه المبادىء، بحسب ما ذكرناها في موضعها، نجد أن محكمتي الاستئناف المختلطة والأهلية لم توفقا فيما ذهبتا اليه. فليس صحيحا ما قررته المحكمتان من أن الشريعة الاسلامية جعلت الطلاق حقا مطلقا للزوج، فقد رأينا فيما تقدم أن حق إيقاع الطلاق وان كان مفوضا للزوج بحسب أحكام الشريعة الاسلامية فهو مقيد — عند الفقهاء — بوجوب أن يكون لحاجة تدعو اليه، وألا يكون بحيث ينشأ عنه ضرر زائد عن مجرد حل رابطة الزوجية. وأما قول المحكمتين بأن مؤخر الصداق هو التعويض الذي تستحقه الزوجة في حالة الطلاق فقول غير صحيح اطلاقا، لأن الصداق من أحكام عقد الزواج

وتستحقه الزوجة بالعقد ويتأكد حقها فيه كله بالدخول ، ولا يؤثر فى ذلك تعجيله أو تأجيله أو تعجيل بعضه وتأجيل البعض الآخر، فالمؤجل منه دين للزوجة تأخذه فى جميع الحالات واذا مات الزوج تأخذه من تركته ، وتستحق الزوجة المدخول بها كل مهرها ولو حصلت الفرقة بأى سبب كان من جهة الزوج أو من جهة الزوجة[١]، ولو كان تعويضا عن الطلاق لما كان حكمه كذلك . وفضلا عن ذلك لم يقل أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية أن مؤخر الصداق تعويض للمرأة عن الطلاق، أو ما فى معناه.[٢] وما قالته محكمة استئناف مصر الأهلية فى حكمها الذى نحن بصدده من أن القوانين الفقهية حددت التعويض بنفقة العدة فهو خطأ ايضا[٣] لأن النفقة لم تفرض على الزوج باعتبارها تعويضا عن الطلاق وانما ألزم الزوج بها نظير احتباس الزوجة لحقه فى أثناء الزوجية وبعد الطلاق حتى تنتهى العدة . وقول هذ المحكمة انه لا يترتب على استعمال حق الطلاق « سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها التى يراعى فى تقديرها حالة المطلق الماليه وهذا أمر مجمع عليه فى كتب أئمة المسلمين ولا خلاف فيه عند فقهائهم » — هذا القول غير صحيح أيضا لأنه يترتب على الطلاق أحكام أخرى باجماع أئمة المسلمين وهى وجوب المتعة أو استحبابها على ما تقدم فى موضعه .[٤]

(١) أحمد ابراهيم بك بند ١٨٤ .

(٢) تراجع أسباب حكم محكمة شبين الكوم الأهلية الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ والسابق الاشارة اليه .

(٣) وقد وقعت محكمة مصر الابتدائية الأهلية فى هذا الخطأ أيضا فى حكمها الصادر فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ والسابق الاشارة اليه .

(٤) ولا يرد على القول بالاجماع هنا بأن من فقهاء الشريعة من يقول بأن المطلقة قبل الدخول وقد سمى لها مهر ليس لها متعة لا واجبة ولا مستحبة وذلك لأن نصف الصداق الذى تأخذه فى هذه الحالة قائم مقام المتعة على رأيهم .

هذا ولم يتفق علماء المسلمين على أن تقدير النفقة يراعى فيه حالة المطلق المالية بلا خلاف كما قالت المحكمة . ويكفى لبيان فساد هذا القول أن نقول ان المذهب الذى كانت تطبقه المحاكم

وأما الاحتجاج بأن البحث فى أسباب الطلاق يفتح بابا للخوض فى أسرار البيوت إلى آخر ما قالته المحكمة فلا ينهض سببا لمنع المحاكم من النظر فى هذه المسائل لان هذا السبب — كما قالت بحق محكمة شبين الكوم فى حكمها الذى سبقت الاشارة اليه — لم يمنع ولا يمكن أن يمنع من الفصل فى كثير من قضايا النفقة والفرقة وبعض القضايا الجنائية ، فضلا عن أنه لاجناح على المحكمة توصلا للحقيقة من أن تخوض فى أسرار لم يتحرز صاحبها من العمل على هتكها . (١) ولا يؤيد المحكمة فيما ذهبت اليه كون المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية منعت هذه المحاكم من النظر فى مسائل الانكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة وغيرها ، لأن هذه المادة أخرجت تلك المسائل من اختصاص المحاكم الأهلية لأنها تدخل فى اختصاص المحاكم الشرعية أو محاكم الأحوال الشخصية الأخرى ، وليس فى منع المحاكم الأهلية من النظر فيها اخراج لها عن سلطان القضاء فحجة المحكمة فى ذلك ساقطة . هذا فضلا عن أن المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية والمادة الرابعة من القانون المدنى المختلط المقابلة لها لا تسرى على قضايا المطالبة بتعويض عن فسخ خطبة أو عن طلاق كما ذكر فى موضعه .

والرأى الصحيح فى موضوعنا هذا هو ما ذهب اليه قضاء المحاكم الابتدائية الأهلية ولو أن هذه الأحكام لم تذكر شيئا عن حكم المتعة فى الشريعة الاسلامية أنها أساس تشريعى قويم للحكم بالتعويض عند الاساءة فى استعمال حق إيقاع الطلاق كما تقدم . (٢)

الشرعية فى وقت صدور هذا الحكم هو تقدير النفقة طبقا لحال الزوجين — يراجع ما تقدم فى النفقة .

(١) يراجع حكم محكمة شبين الكوم الآنف الذكر — ويراجع أيضا ما تقدم نظير ذلك عند الكلام فى الخطبة .

(٢) وهذا هو ما ذهبت اليه بحق محكمة استئناف الجزائر فى حكميها الصادرين فى ١٠ و١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ وقد سبقت الاشارة اليهما .

الباب الخامس

فى جزاء الاساءة فى استعمال الحق

١ — فى القانون الحديث

للاســـاءة فى استعمال الحقـوق جزاء وهو على نوعين جزاء مالى وجزاء عينى .

١ — الجزاء المالى :

يكون بالزام من أساء فى استعمال حق من حقوقه بتعويض الغير عما تسبب له هذه الاساءة من الأضرار مادية أم أدبية . ويكون ذلك بدفع مبلغ من المال له على سبيل التعويض . (١) وقد قصر بعض المؤلفين جزاء الاساءة فى استعمال حق من الحقوق على الحكم بالتعويض المالى على المسىء لمن لحقه ضرر من الاساءة ، وجارتهم فى ذلك بعض المحاكم الفرنسية فى قضائها . (٢) الا أن هذا الرأى غير قويم ،فقد لا يكون التعويض المالى فى حالة من الحالات

(١) قضت محكمة المنيا الـكلية الأهلية فى ٢٦ اكتوبر سنة ١٩٣١ بأن الأضرار الأدبية المجردة عن أى أثر مادى هى أمور اعتبارية محضـــة يستحيل على الحاكم تقويمها وليس هناك أساس لزنتها بل على القضاء أن يعالج كل حالة على حدة وعلى أساس أنه ما دام الضرر أدبياً وجب أن يكون التعويض كذلك ويكفى فيه اقرار (بريدتقرير) القضاء بخطأ الخصم لأن الشرف لا يقوم بمال — المحاماة س ١٢ رقم ٥٠٨ ص ١٠١٤ وهو رأى إلا أن المتفق عليه الآن هو أن تعويض الضرر الأدبى كتعويض الضرر المادى وتقدره المحـكمة بحسب اجتهادها طبقا لما تراه من ظروف الحال — يراجع كولان وكابيتـان جـ ٢ ص ٣٧٣ ؛ ووالتون جـ ٢ ص ٢٦٠ ومابعدها .

(٢) جوسران « روح الحقوق » بند ٣٢٦ .

كافيا ، فضلا عن أن الخروج بالحق عما شرع له يعطى الطرف الذى حصل الأخلال فى مواجهته حقا فى الزام خصمه اتباع الطريق المشروع لاستعمال حقه .

ومن أجل ذلك، ولان تلافى الضرر قبل وقوعه أولى من العمل على تعويضه اذا وقع ، انعقد اجماع فقهاء القانون فى الوقت الحاضر على أن جزاء الاساءة ليس مقصوراً على الحكم بالتعويض المالى، بل انه قد يكون من هذا القبيل، وقد يكون تعويضا عينيا يرمى الى رفع الضرر أو منع وقوعه ، وقد يكون من النوعين معا .(١)

على أنه توجد حالات يكون التعويض المالى متعينا فيها لأسباب مختلفة منها ما يرجع الى طبيعة الحق الذى أسىء فى استعماله كحق التقاضى (٢) . ومنها ما يرجع الى ضرورة المحافظة على حق الغير كما لو كانت الاساءة فى ابرام عقد من العقود . (٣) ومن ذلك أيضا ما لو كان الجزاء العينى مما لا يستسيغه الشعور الانسانى كما لو أساء رب العمل فى استعماله لحقه فى تسريح عماله ، فان جزاء هذه الاساءة لا يكون الا بتعويض العامل عما يلحقه من الضرر ولا يكون باعادته الى عمله رغم ارادة صاحب العمل . (٤)

٢ ــ الجزاء العينى :

هذا الجزاء لا يكون بصورة واحدة فى جميع الحالات بل هو على اشكال مختلفة، فمنه ما يرمى إلى ازالة وجه الاساءة بحيث لا تعود ،ومنه ما يرمى الى منع وقوع الضرر الذى يترتب عليها بمنع الفعل الذى يعد اساءة . وفى الصورة الأولى يقترن الجزاء العينى غالبا بتعويض مالى . فأما التعويض فعما

(١) جوسران المرجع السابق بند ٣٢٧ .
(٢) » » » » ٣٢٩ .
(٣) » » » » ٣٣٠ .
(٤) » » » » ٢٦١ ص ٣٣٣ هامش رقم ١ .

وقع من الضرر فعلا، وأما الجزاء العينى فلمنع تجدده فى المستقبل .[1] ومن أمثلة هذا الجزاء الحكم بازالة حائط بناه شخص على حدود ملكه بغير مصلحة جديدة له وترتب على ذلك ضرر بالجار . [2]

وأما فى الصورة الثانية فيكون الجزاء مانعامن وقوع الضرر الذى يترتب على الاساءة فى استعمال حق من الحقوق . [3] ومن الأمثلة العملية لذلك ما قضت به محكمة الزقازيق الكلية الأهلية [4] فى دعوى خوصم فيها شخص بصفته وكيلا عن آخرين مقيمين فى خارج القطر فتنازل هذا الوكيل عن صفة الوكالة فى الدعوى بقصد عرقلتها وتحميل المدعى متاعب جمة فى اعلان خصومه فى محل وجودهم بالخارج، فاعتبرت المحكمة ذلك اساءة منه فى استعمال حقه فى التنحى عن الوكالة ، وردت عليه قصده بأن اعتبرته ممثلا لموكليه فى الدعوى تمثيلا قانونيا صحيحا وأن اجراءاتها على هذا الاعتبار صحيحة قانونا ومأخوذ بها . ومن قبيل ذلك أيضا ما قضت به محكمة بنى سويف الجزئية الأهلية [5] من أن اشتراط الدائن على مدينه أن له رفع دعواه أمام أى محكمة أمر يراعى به مصلحته ، فاذا أساء الدائن استعمال هذا الحق بأن رفع الدعوى أمام محكمة لا مصلحة له مطلقا فى رفعها أمامها لمجرد النكاية بالمدين فللمدعى عليه أن يدفع بعدم الاختصاص .

٢ — فى الشريعة الاسلامية

للاساءة فى استعمال الحقوق طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية الجزاء الذى

---

(١) جوسران المرجع السابق بند ٣٣١ حيث أشار إلى تطبيقات للقضاء الفرنسى .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ جازت س ١٥ رقم ١٢٦ ص ٨٦ ؛ ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ بلتان س ٤٢ ص ٢٧ .

(٣) جوسران المرجع السابق وقد أشار الى تطبيقات من القضاء الفرنسى .

(٤) حكم تاريخه ١٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة س ١٠ رقم ٩٢ ص ١٨٠ .

(٥) حكم تاريخه ٣ مايو سنة ١٩٢١ المحاماة س ٢ رقم ١٢٩ ص ٤٠٣ .

يقره القانون لها وذلك بنوعيه المالى والعينى. وتمتاز أحكام الشريعة فوق ذلك بنوعين من الجزاء وهما الجزاء الدينى والتعزير.

١ — الجزاء المالى:

وهذا الجزاء كنظيره فى القانون يكون بالزام المسىء بتعويض الغير عما تسبب له الاساءة فى استعمال حق من الحقوق من الضرر. [1] وهذا الضرر قد يكون ماديا، وقد يكون أدبيا أو معنويا.

فأما عن الضرر المادى فلا شبهة فى تعويضه فان من يحدث لغيره تلفا فى ماله يضمن هذا التلف، ومثال ذلك ما ذكرناه فى المقدمة نقلا عن فقهاء الشريعة من أن من يؤجج فى أرضه نارا فى يوم عاصف فيحرق مايليه فانه يعتبر متعديا وعليه الضمان.

وأما عن الضرر الأدبى أو المعنوى فانه وإن كانت كتب الفقه الاسلامى لم تبحث فيه صراحة فان قواعد الشريعة لاتمنع من ضمانه. ولعل السبب فى اغفال فقهاء الشريعة الاسلامية البحث فيه بالذات يرجع الى أن الشعور السائد فى زمنهم كان لايستسيغ أن تكون الأمور الأدبية المحضة مضمونة بمال مع تعذر وزن قيمتها. ويلاحظ أن هذا السبب بالذات هو ما يعتمد عليه من يقول من فقهاء القانون الحديث بامتناع تعويض الاضرار الأدبية المحضة. [2] ومع ذلك فان فى الشريعة أحكاما تقضى بتعويض الضرر الأدبى فى حالات مخصوصة، منها «الدية» فهى كما جاءت بها الشريعة لاتعوض إلا الضرر المعنوى، ويظهر ذلك تماما من كيفية تحديد الشريعة لمقاديرها ومن تساوى جميع الافراد فيها دون تفريق بينهم تبعا لحالة كل شخص، فقد نظر الشارع الاسلامى

(١) رسالة فتحى ص ٢٥٤.

(٢) يراجع كولان وكابيتان جـ ٢ ص٣٧٣؛ ووالتون جـ ٢ ص ٢٦٠ ومابعدها. ويراجع حكم محكمة المنيا الكلية الأهلية الصادر فى ٢٦ اكتوبر سنة ١٩٣١ والذى سبقت الاشارة اليه.

فى ذلك من الوجهة المعنوية فقط، معتبرا أن جميع الناس متساوون فى حقهم فى الحياة فوجب أن يكون كذلك فيما ينال مقابل اتلاف حياتهم أو أى عضو من أعضائهم دون أن يلتفت إلى ما قد يؤدى اليه هذا التلف من الاضرار الاخرى والتى تختلف جسامتها تبعا لظروف كل فرد وحالته الشخصية. (١)

ويؤيد ذلك ما روى عن أمير المؤمنين على بن أبى طالب رضى الله عنه من أنه قضى فى رجل قطع فرج امرأته أن تؤخذ منه دية الفرج ويجبر على امساكها حتى يموت وان طلقها أنفق عليها (٢). فان تعويض الضرر المادى الذى نتج عن هذا الفعل فى هذه القضية كان بالزام الرجل امساك المرأة والانفاق عليها إن طلقها، وأما دية الفرج فتقابل الضرر الأدبى، والا كان الضمانان فى مقابلة مضمون واحد وهو ما لايجوز. ومن ذلك أيضا «المتعة»، فقد رأينا أن الضرر الذى افترض فقهاء الشريعة جبره بالمتعة أدبى محض. ولا نرى ما يوجب تخصيص ضمان الضرر الأدبى بهذه الحالات الفردية فقط بل ان تعميمه أولى خصوصا وأن قواعد الشريعة لا تتعارض معه.

٢ — الجزاء العينى :

وهذا الجزاء — كنظيره فى القانون أيضا — على أنواع مختلفة :

فمنه ما يكون بازالة وجه الاساءة بحيث يوقف الضرر الناتج عنها. ومن ذلك ما ذكرناه فى المقدمة من أنه اذا فتح شخص كوة فى بنائه العالى مشرفة على جاره أو بنى بناء عاليا يشرف على جاره ولا يستره فانه يلزم بستره. وكذلك اذا حفر بئرا بالقرب من بئر جاره فيذهب ماؤها فانها تطم فى ظاهر مذهب الامامين مالك وأحمد.

---

(١) رسالة الدية للدكتور أبى هيف ص ١٤١ .

(٢) الطرق الحكمية ص ٥١ و٥٢ .

ومنه ما يكون بتقييد استعمال الحق بقيود مخصوصة يقصد بها منع الضرر. ومن ذلك ما قرره الفقهاء من أن للحاكم أن يحدد سعر الحاجيات بمشورة أهل الرأى عندما يغالى التجار فى أثمانها ويتعدون القيمة تعديا فاحشا.

ومنه ما يكون باكراه صاحب الحق على استعماله حتى يمتنع الضرر الذى يحدث اذا أحجم صاحبه عن استعماله. كما يحدث فى احتكار الأقوات، فان لولى الأمر أن يكره المحتكرين على بيع ما عندهم بقيمة المثل عند ضرورة الناس اليه. وقد يقوم القاضى مقام صاحب الحق فى القيام بالعمل الذى يمتنع عنه اساءة منه. ومن ذلك تزويج القاضى المولى عليها اذا عضلها وليها (١).

ومنه ما يكون بمنع صاحب الحق من استعمال حقه منعا للضرر الذى يترتب عليه. ومثال ذلك ما قرره فقهاء الشريعة من أن كل ما لا ينتفع الغاصب به إذا قلعه أو أزاله مما يكون قد أضافه للعين المغصوبة فهو للمغصوب. وكذلك منع أحد الشريكين من قسمة المال المشترك إذا كان الآخر يستضر بها. ومن هذا القبيل أيضا منع أفراد كل طائفة يحتاج الناس إلى منافعهم من الاشتراك والتواطؤ على غلاء الأجور أو الأثمان. ففى كل هذه الصور ونظائرها يمنع صاحب الحق من استعماله تلافيا لما يحدث عنه من ضرر.

وقد يكون الجزاء العينى للاساءة فى استعمال الحق بابطال العمل الذى حصل إذا كان هيئة شريعة (أى عملا قانونيا). ومن ذلك ابطال نكاح التحليل، والتفريق بين الزوجين لعدم كفاءة الزوج كما تقدم فى موضعه.

---

(١) ويلاحظ هنا أن اكراه صاحب الحق على استعماله لا يتصور إلا إذا كان العمل الذى يكره عليه صاحب الحق مما يخضع لرقابة القضاء بحيث تستطيع المحكمة أن تقدر ما اذا كان الشخص قد قام بما أمر به كما يجب أو أنه قصر فى ذلك.

وعلى ذلك يكون هذا الجزاء غير مقبول وغير ميسور فى بعض حقوق الزوجية كما لو امتنع الزوج عن مباشرة زوجته فلا يكون للقاضى أن يكرهه على ذلك. ولعل هذا هو السبب فى أن حكم هذا الامتناع هو الفرقة بين الزوجين إذا توافرت شروط الايلاء شرعا كما بيناها.

٣ — الجزاء الديني :

الشريعة الاسلامية تشريع ديني، فهي تنظر إلى أعمال المكلف نظرة دينية أساسها أن كل عمل من أعمال الانسان حتى مايقوم به باعتباره حقاً خالصاً له يؤدى عنه حسابه من الناحية الدينية بحيث يكون له أجره أو عليه وزره.(١)

فبحسب العقيدة الاسلامية تستوجب الاساءة فى استعمال الحق عقابا دينيا. وقد يكون الجزاء الديني هو الجزاء الوحيد فى أحوال مخصوصة؛ وهو يكون كذلك فى الأحوال التى ينص فيها الفقهاء على أن عملا من الأعمال يصح فى القضاء ولا يكون صحيحاً ديانة. (٢)

٤ — التعـــزير :

التعزير نظام انفردت به الشريعة الاسلامية. وهو يخالف قاعدة أساسية من قواعد التشريع الحديث وهى القاعدة التى تقضى بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون. فقد نص فقهاء الشريعة الاسلامية على أن للقاضى أن يعزر كل من يرتكب معصية ليس لها حد مقدر فى الشرع، سواء أكانت هذه المعصية جناية على حق الله كترك الفروض الدينية أم على حق العباد كمن يؤذى غيره بلا سبب. (٣) وبالجملة فالأمور المستوجبة للتعزير مما يدخل فى عموم ذلك غير محدودة ولا محصورة، فيدخل فيها الاساءة فى استعمال الحق بحيث يحدث عنها ضرر بالغير، وحتى لو لم يحدث ضرر بشخص أو أشخاص معينين بأن كان العمل فى ذاته مناقضا للشريعة كما فى نكاح التحليل.

(١) يراجع احياء علوم الدين جـ ٢ ص ٧٩ وقد تقدم ذكر ذلك ص ٢٦ .

(٢) مع ملاحظة أن مثل هذا الفعل قد يستوجب التعزير على ما سيأتى .

ويجدر بنا أن نشير إلى أن للجزاء الدينى فائدة كبيرة فى الزام كثير من الناس انتهاج السبيل المشروع فى استعمال حقوقهم خصوصا حيث يقوى الشعور الدينى كما هو الحال فى غالبيـة بلاد الشرق فان خوف هذا الجزاء يمنع الكثيرين من اتيان ما يعتقدون أنه معاقب عليه ديانة .

(٣) البدائع جـ ٧ ص ٦٣ ؛ وابن عابدين جـ ٣ ص ٢٥١ .

وتختلف صفة التعزير بحسب الأفعال فيكون شديداً أو خفيفاً تبعاً للفعل الذى يعزر من أجله . وكذلك يختلف باختلاف الأشخاص إذ أن المقصود به هو التأديب ووسيلة التأديب تختلف باختلاف من يراد تأديبه فمنهم من يكفى تنبيهه إلى ما فعل ليرتدع عنه ، ومنهم من لا يرتدع إلا بالتغليظ عليه . فيكون التعزير بالاعلام والجر إلى باب القاضى والحبس والضرب وقد يصل إلى القتل سياسة . (١) ويجوز التعزير بالغرامة المالية على رأى(٢). وقد يكون التعزير بمنع صاحب الحق منه . (٣)

٣ — فى جزاء الإساءة فى استعمال حقوق الزوجية

أشرنا فيما تقدم عند الكلام فى كل حق من حقوق الزوجية إلى الجزاء الذى قرره فقهاء الشريعة للاساءة فى استعمال هذا الحق . وقد رأينا كيف أن هذا الجزاء يختلف باختلاف هذة الحقوق، وهو بأنواعه المختلفة ينتظم ما ذكرناه عن جزاء الاساءة فى استعمال الحقوق فى الشريعة الاسلامية عموما . ومن أجل ذلك — ومنعا للتكرار — نكتفى هنا بالاشارة إلى ما تقدم فى ذلك، وتقصر بحثنا الآن فى بيان كيفية تحقق هذا الجزاء عملا .

وترجع أهمية هذا البحث الى ما عليه القضاء فى مصر من تعدد جهاته واستقلال كل منها عن باقى الجهات . والذى يهمنا فى هذا الأمر بالذات هو بيان مدى ما تختص به المحاكم الشرعية من جانب والمحاكم المختلطة والأهلية

(١) يراجع فى ذلك البدائع ج ٧ ص ٦٤؛ وابن عابدين ج ٣ ص ٢٤٥ وما بعدها .

(٢) وهو رواية عن الامام أبى يوسف — ابن عابدين ج ٣ ص ٢٤٦ ؛ واعلام الموقعين ج ٢ ص ٦٥ وما بعدها .

(٣) وهو ما قالت به محكمة تلا الشرعية فى حكمها الصادر فى ١٣ ابريل سنة ١٩٣٠ — المحاماة الشرعية س ١ ص ٩١١ . فقضت بعدم تمكين الزوج من تنفيذ حكم الطاعة على زوجته زمانا ما تعزيرا له على ايذائها بغير حق .

من جانب آخر من كل نوع من أنواع الجزاء الذى تفرضه الشريعة الاسلامية والقانون المصرى الحديث على الاساءة فى استعمال الحق، وذلك فيما يتعلق بحقوق الزوجية مما تقدم ذكره. ويخرج الجزاء الدينى من هذا البحث لأنه بحكم طبيعته خارج عن سلطان القضاء ومرجعه الى العقيدة الدينية لكل فرد. ولنتكلم فيما يدخل فى كل نوع من الأنواع الأخرى :

١ — الجزاء المالى :

يرجع هذا الجزاء لقواعد المسئولية المدنية. وهى مما تخرج عن اختصاص المحاكم الشرعية مهما كان السبب الذى تبنى عليه هذه المسئولية لأنها مسألة مالية بحتة والمحاكم الشرعية تختص بالفصل فى مسائل الأحوال الشخصية فقط، وهى كما تدل عليه نصوص لائحة ترتيبها وكما استقر عليه العمل مقصورة على ما يتعلق بشخص الانسان وذاته كالزواج والطلاق والنسب وما إلى ذلك من الأمور التى ليس لها مساس بالأموال مباشرة. [1] فهى تختص بالحقوق التى تنشأ عن هذه الأمور من حيث وجودها والأحكام المترتبة عليها، أما المطالبة بتعويضات فهى مسألة مالية بحتة تخرج عن اختصاصها وتدخل فى اختصاص المحاكم المختلطة والأهلية، وقد تقدم ذلك عند الكلام فى المسئولية الناشئة عن فسخ الخطبة. [2] وقد رأينا أن المحاكم المختلطة و الأهلية تقضى باختصاصها بالنظر فى قضايا المطالبة بتعويض عن فسخ خطبة [3] أو عن اخلال بحقوق زوجية [4] أو عن ايقاع الطلاق. [5]

(١) يراجع شرح لائحة الاجراءات الشرعية لقمحة بك وعبد الفتاح السيد بك بند ١٣٢ ؛ وقواعد المرافعات لمحمد العشماوى بك جـ ١ ص ١٢٤ ؛ والدولى الخاص لأبى هيف بك بند ٦٠٤ و ٦٠٥ .

(٢) ص ١١١ . وتراجع رسالة عبد الفتاح السيد بك فى حقوق المرأة المتزوجة فى الاسلام ص ٢٨ .

(٣) ص ٦٤ و ٧٦ وما بعدهما .

(٤) ص ٢٠٧ هامش رقم ١

(٥) ص ٢٤٨ وما بعدها

والقواعد التى تطبقها المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية فى مثل هذه القضايا هى قواعد المسئولية المدنية عامة من حيث بيان ما يعوض من الاضرار وكيفية تقدير هذا التعويض .

٣ — الجزاء العينى :

لما كان هذا الجزاء من نوع ما تختص المحاكم الشرعية بالفصل فيه ، كابطال عقد زواج ، أو التفرقة بين الزوجين ، فلا تملك توقيعه غيرها من جهات التقاضى ، فلا تختص به المحاكم المختلطة ولا الأهلية .

٣ — التعزير :

كانت المحاكم الشرعية فيما مضى من الزمن المحاكم العامة فى البلاد ، فكانت لها ولاية التعزير بالكيفية التى أشرنا اليها من قبل . فلما وضع النظام القضائى الحالى وأنشئت المحاكم الأهلية وصدر قانون العقوبات فى سنة ١٨٨٣ لم يبق للمحاكم الشرعية شىء من ولاية التعزير التى كانت لها ، وأصبحت القاعدة الأساسية فى العقاب أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون . وقد تضمن دستورا سنة ١٩٢٣ وسنة ١٩٣٠ هذه القاعدة فى المادة السادسة من كل منهما ، فكان ذلك قضاء نهائياً على كل فكرة ترمى إلى القول ببقاء ولاية التعزير للمحاكم الشرعية . (١) فلا عقاب على من يسىء استعمال أى حق من حقوقه إلا إذا

(١) يرى بعض المؤلفين أن اختصاص المحاكم الشرعية بالقضاء فى مواد التعزير باق لعدم صدور أى نص يمنع هذه المحاكم من القضاء فيها — رسالة الدية ص ١٣٤ ، وقد أشار المؤلف الى كتاب الأستاذ أبى هيف بك فى المرافعات ص ٢٩٥ و٢٩٦ ؛ ومقال «ضرب الزوجة» للشيخ محمد سليمان بمجلة القضاء الشرعى س ١ ص ٥٥٧ وما بعدها — وهو قول مرجوح ويكاد ينعقد الاجماع الآن على أن المحاكم الشرعية ممنوعة من النظر فيما عدا مسائل الأحوال الشخصية فليس لها ولاية التعزير . يراجع فى هذا المعنى شرح لائحة الاجراءات الشرعية لأحمد قمحة بك وعبد الفتاح السيد بك بند ١٢٨ ؛ وقواعد المرافعات للعشماوي بك ج ١ بند ٤١٦ ؛ والدولى الخاص لأبى هيف بك بند ٦٠٥ ؛ ومقال « ضرب الزوجة » للشيخ أحمد أمين بمجلة القضاء الشرعى س ١ ص ٤٦١ .

كان ذلك يكون جريمة من الجرائم التى ينص عليها قانون العقوبات أو قانون آخر ، وليس للمحاكم الشرعية ولاية تطبيقها .

وقد رأينا أن احدي المحاكم الشرعية قضت بعدم تمكين زوج من تنفيذ حكم الطاعة على زوجته زماناً ما تعزيراً له على ايذائها بغير حق[١] وليس لدينا اعتراض على ذلك ؛ مادام النظر فى تمكين الزوج من تنفيذ حكم الطاعة والفصل فى الاشكالات التى ترفع عن هذا التنفيذ من اختصاص هذه المحكمة، فلها ألا تمكن الزوج منه إذا رأت من الظروف ما يبرر ذلك .

(١) حكم محكمة تلا الشرعية فى ١٣ ابريل سنة ١٩٣٠ والسابق الاشارة اليه .

خاتمــــة

لم تتقيد فى بحثنا بمذهب معين من المذاهب المتعددة فى الشريعة الاسلامية، بل بحثنا الموضوع فى المذاهب المختلفة ــ بقدر ما وسعه الجهد ــ على اعتبار أن هذه المذاهب وان اختلف بعضها عن بعض فى شئ من التفاصيل فأساسها واحد وغايتها متفقة .

وقد تبين لنا أن تقييد الحقوق الفردية فى الشريعة الاسلامية كان أوسع مجالا وأبلغ أثراً مما يحاوله الفقه الحديث بنظرية سوء استعمال الحقوق ، وأن هذه النظرية الناشئة لم تبلغ ما بلغته مثيلتها فى الفقه الاسلامى منذ مئات السنين . وهذا طبيعى فان هـذه النظرية التى تقرب أحكام القانون لقواعد الأخلاق ــ وكثيراً ما عمل فقهاء القانون الحديث على الفصل بينهما ــ يتسع لها المجال فى تشريع أساسه الدين وهو يأمر بالعدل والاحسان وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى .

وقد رأينا أثر هذه النظرية ظاهراً فى حقوق الزوجية فى جميع مراحلها من عقد الزواج الى الفرقة بين الزوجين . وأن كثيراً من أحكام الزوجية ما كان ليظهر وجه تشريعه وتناسقه مع غيره من الأحكام لو لم يرد فى أساسه الى هذه النظرية . بل ان أحكامها أظهر فى هذه الحقوق من غيرها مما يرجع الى المعاملات المالية نظرا الى ما سبق أن أشرنا اليه من أن حقوق الزوجية بطبيعتها ليست هى الحقوق التى يتحدد نطاق كل حق منها تحديدا ماديا يمنع الاساءة أو يقلل الفرص التى تمكن منها ، وأن استعمالها ليقترن بكل ملابسات الحياة فى جميع مظاهرها ، ولما كان الانسان يسير فى حياته متخبطا بين لجج من العواطف والميول النفسية وعواصف من الأهواء فقد يدفعه رضا النفس الى

عدم التشدد فيما له من حقوق قبل قرينه فلا يظهر للأساءة وجه، وقد تميل به عواطفه الى نقيض ذلك فيتجاوز حدوده ويسيء استعمال حقوقه فتقف كلمة الشرع والقانون فى وجهه لترده الى سواء السبيل، والنظرية الشرعية التى استعرضنا أحكامها فى هذا البحث كفيلة بتحقيق ذلك الى حد بعيد.

الا أن هذه القوة التى ظهرت بها هذه النظرية من دراستها بشكل عام غير مقيد بمذهب معين قد لا تظهر فى بعض النواحى اذا ما اقتصرنا فى قانوننا الشرعى على الأخذ بأحكام مذهب معين كما هو الحال فى مصر الآن، فان لكل مذهب خصائص، ولعلمائه تفريعات حكّموا فيها اجتهادهم فأدى بهم الى نتائج منها مايوافق مصالح الناس فى الوقت الحاضر، ومنها ما كان كذلك فى زمنهم الا أن تغير الزمان أدى الى رجحان المصلحة فى تركه واستبدال غيره من المذاهب الأخرى به.

ومن أجل ذلك نضم صوتنا الى صوت من قال من أفاضل العلماء المعاصرين بوجوب وضع قانون شرعى غير مقيد بمذهب معين[1]. فالمصلحة تدعو لذلك والشريعة لا تأباه. وقد سار التشريع المصرى الحديث فى هذا السبيل بضع خطوات، ولو أنها قصيرة المدى، بما أخذ به من الأحكام من غير مذهب أبى حنيفة كما جاء فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩. وأهم من ذلك أنه أقر الأساس بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة فى سنة ١٩٣١ ونصها:

« تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ماعدا الأحوال التى ينص فيها قانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد ». ويكون

---

(١) نادى بذلك فضيلة أستاذنا الشيخ أحمد ابراهيم بك فى مقال له عنوانه « وجوب وضع قانون شرعى غير مقيد بمذهب معين » بمجلة كلية الحقوق س ١ عدد ١ ص ١ وما بعدها.

هذا القانون الشرعى مبنيا على النصوص المحكمة القطعية من الكتاب والسنة، ومشتملا على الأحكام التى تقتضيها مصلحة الزمان والمكان، سواء أكانت مأخوذة، مما قاله الفقهاء أم كانت مستنبطة استنباطا من أصول الشريعة ومستمدة من روحها [١]. فقد آن لنا أن نقضى على ما قيل من اقفال باب الاجتهاد ويكفى ما أصاب الشريعة الاسلامية فى تطبيقها من الأخذ بهذا القول، فقد صير مجال تطبيقها محدودا بعد أن كانت هى القانون العام فى البلاد.

على أن حماية الحقوق من العبث بها والاساءة فى استعمالها لا يكفى لتحقيقها على الوجه الأكمل مجرد احكام قواعدها المدنية — بمعناها الأعم فتشمل ما يتعلق بقوانين الأحوال الشخصية — بل هى فى حاجة الى تدخل قانون العقوبات لحمايتها، فمن الناس من لا تزجره الا العقوبة، وقد أثبت الواقع فى هذا العصر المضطرب أن هذا الصنف من الناس كثير. والذى يتصفح قانون العقوبات المصرى يعجب كيف أن نظام الأسرة لم يلق اهتماماً من المشرع الجنائى فيفرض من العقوبات على من يعبث به ما يكفل حمايته، فبينا نرى هذا القانون يعمل على حماية الأموال والأشخاص والأنظمة من الاعتداء عليها مهما قل هذا الاعتداء نجد أن نظام الأسرة مع أهميته التى لا تنكر محروم من هذه الحماية التى تستلزمها ضرورة الحياة. وهذا أمر يجدر بمن بيدهم الأمر تداركه.

ولما كانت مسائل الأحوال الشخصية لم تخرج عن أن تكون فرعا من المعاملات، وقد اعتبرها فقهاء الشريعة الاسلامية كذلك، وكان تعدد جهات التقاضى مما يترتب عليه عظيم الضرر بمصالح الناس، فقد وجب العمل على توحيد أحكام القانون المدنى حتى لا تتعارض أحكامه باختلاف مصادرها.

(١) مقال الأستاذ أحمد ابراهيم بك السابق الاشارة اليه ص ٤ و ٥ .

مع توحيد جهات التقاضى حتى لا تضيع مصالح الناس فى تدافع المحاكم فى تحديد اختصاص كل منها . وان من نافلة القول أن نعدد المضار التى يسببها بقاء الحال على ما نحن فيه ، فالشعور به أصدق فى الدلالة من أى محاولة لتبيانه .

ويجدر بنا أن نختم بحثنا بالاشارة إلى أننا أغنياء بفقهنا عن أن نستعين بغيره من مستحدثات القوانين ، وان الشريعة الاسلامية التى وسعت العالم الاسلامى فى أزهى عصوره ، وقضت حاجة بلادنا من التشريع مئات السنين ، لا تقصر عن أن تكون أصلح مصدر للشرع يأخذ منه أحكام قانون مدنى موحد .

بيـــان المراجع

١ — باللغة العربية :

أولا : فى الشريعة الاسلامية :

ا — القرآن الكريم وتفسيره

القرآن الكريم :

طبع المطبعة الأميرية بمصر سنة ١٣٤٧ هـ. (وقد أشرنا الى أرقام الايات وفق ما جاء به) .

جامع البيان فى تفسير القرآن :

تأليف الامام أبى جعفر محمد بن جرير الطبرى . المطبعة الميمنية بمصر .

الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل فى وجوه التأويل :

للامام العلامة ابى القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشرى الخوارزمى المتوفى سنة ٥٢٨ هـ. الطبعة الثانية بالمطبعة الأميرية بمصر سنة ١٣١٨ هـ.

الجامع لأحكام القرآن :

تأليف ابى عبد الله محمد بن أحمد الانصارى القرطبى . ظهر منه جزءان — مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة (الطبعة الأولى) .

أنوار التنزيل وأسرار التأويل :

تأليف ناصر الدين أبو سعيد عبد الله البيضاوى .

طبع المطبعة العثمانية بالقسطنطينية سنة ١٣٠٥ هـ. (على هامش القرآن الكريم) .

روح المعانى فى تفسير القرآن العظيم والسبع المثانى :

للعلامة أبى الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسى البغدادى المتوفى سنة ١٢٧٠ هـ. ادارة الطباعة المنيرية بمصر .

تفسير القرآن الحكيم :

للشيخ محمد رشيد رضا (الطبعة الاولى) مطبعة المنار بمصر .

حكام القرآن :

تأليف الامام أبى بكر احمد بن على الرازى الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ هـ.

طبع بمطبعة الاوقاف الاسلامية بالقسطنطينية سنة ١٣٢٥ هـ.

نيل المرام من تفسير آيات الاحكام :

لمحمد صديق حسن خان . المكتبة التجارية بمصر سنة ١٣٤٧ هـ .

مجمع البيان فى تفسير القرآن :

تأليف العلامة الشيخ ابى على الفضل بن الحسن الطبرسى المتوفى سنة ٥٤٨هـ.

(من فقهاء الشيعة الامامية) طبع حجر سنة ١٣١٢ هـ .

ب — فى السنة الشريفة :

فتح البارى بشرح صحيح الامام ابى عبد الله محمد بن اسماعيل البخارى :

لشيخ الاسلام الحافظ أبى الفضل شهاب الدين احمد بن على بن محمد بن حجر العسقلانى الشافعى المتوفى سنة ٨٥٢ هـ . الطبعة الاولى بالمطبعة الاميرية بمصر .

متن الجامع الصحيح للإمام البخارى :

مطبوع على هامش فتح البارى .

ارشاد السارى لشرح صحيح البخارى :

للعلامة احمد بن محمد بن ابى بكر القسطلانى المتوفى سنة ٩٢٣ هـ . الطبعة السادسة بالمطبعة الاميرية بالقاهرة .

متن صحيح الامام مسلم وشرح الامام النووى عليه :

مطبوعان على هامش ارشاد السارى .

زاد المعاد فى هدى خير العباد :

تأليف الامام شمس الدين ابى عبد الله محمد بن ابى بكر أيوب الزرعى

المعروف بابن قيم الجوزية — المطبعة الميمنية بمصر .

بلوغ المرام من أدلة الأحكام :

تأليف الحافظ بن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢ هـ.
نشرته المكتبة التجارية بالقاهرة . الطبعة الثانية سنة ١٣٥٢ هـ.

نيل الاوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار :

للشيخ الامام محمد بن على بن محمد الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ.
الطبعة الثانية — إدارة الطباعة المنيرية بمصر سنة ١٣٤٤ هـ.

جامع العلوم والحكم شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم :

تأليف زين الدين أبى الفرج عبدالرحمن بن شهاب الدين بن رجب الحنبلى .
مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر سنة ١٣٤٦ هـ.

ج — كتب فى أصول الفقه .

كشف الأسرار فى شرح المنار فى الأصول :

تأليف الامام أبى البركات عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفى المتوفى سنة ٧١٠ هـ. المطبعة الأميريه بالقاهرة سنة ١٣١٦ هـ.

شرح نور الأنوار على المنار :

لمولانا حافظ شيخ احمد المعروف بملاّجيون بن أبى سعيد بن عبيد الله الحنفى الصديقى الميهوى المتوفى سنة ١١٣٠ هـ. مطبوع مع كشف الأسرار.

قمر الأقمار على نور الأنوار شرح المنار :

تأليف العلامة محمد عبدالحليم بن مولانا محمد أمين الله اللكنوى الأنصارى.
مطبوع على هامش كشف الأسرار .

الموافقات فى أصول الشريعة :

تأليف الامام أبى اسحق ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمى الشاطبى ثم الغرناطى المالكى المتوفى سنة ٧٩٠ هـ. وعليه تعليقات للشيخ عبد الله دراز . طبع مصر (نشرته المكتبة التجارية).

الاعتصام :
لمؤلف كتاب الموافقات . مطبعة المنار بمصر .
الاحكام فى أصول الأحكام :
للشيخ العلامة سيف الدين أبى الحسن على بن أبى على بن محمد الآمدى .
مطبعة المعارف بمصر .
القياس فى الشرع الاسلامى :
لشيخ الاسلام تقى الدين أبى العباس أحمد بن تيمية وتلميذه الامام
شمس الدين أبى عبد الله محمد بن قيم الجوزية .
المطبعة السلفية بالقاهرة سنة ١٣٤٥هـ .
المختارات الفتحية فى تاريخ التشريع واصول الفقه :
تأليف الأستاذ الشيخ أحمد أبو الفتح بك .
الطبعة الرابعة مطبعة النهضة بمصر سنة ١٣٤٣ هـ .

د — كتب فى الفقه :

١ — فى فقه المذاهب الأربعة السنية :

الميزان الكبرى لسيدى عبد الوهاب الشعرانى .
الطبعة الأولى بالمطبعة الحسينية المصرية سنة ١٣٢٩ هـ .
رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة :
تأليف العلامة الشيخ محمد بن عبد الرحمن الدمشقى العثمانى الشافعى .
مطبوع على هامش الميزان الكبرى .
بداية المجتهد ونهاية المقتصد :
للشيخ الامام الحافظ أبى الوليد محمد بن أحمد ابن الامام أبى الوليد محمد
ابن أحمد بن رشد القرطبى، المعروف بابن رشد الحفيد المتوفى سنة ٥٩٥هـ .
مطبعة مصطفى البابى الحلبى وشركاه بمصر سنة ١٣٣٩ هـ .

٢ — فى فقه الحنفية :

المبسوط :

تأليف شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى المتوفى سنة ٤٣٨ هـ. مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٤ هـ.

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق :

لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى . الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣١٤ هـ.

حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبى :

مطبوعة على هامش تبيين الحقائق المتقدم .

بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع :

تأليف الامام علاء الدين أبى بكر مسعود الكاسانى الحنفى الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هـ . الطبعة الأولى شركة المطبوعات العلمية بمصر سنة ١٣٢٧ هـ.

الهداية شرح بداية المبتدى :

تأليف شيخ الاسلام برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى المتوفى سنة ٥٩٣ هـ. الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية بمصر سنة ١٣٢٦ هـ.

البحر الرائق شرح كنز الدقائق :

تأليف الشيخ زين الدين بن ابراهيم بن بكر الشهير بابن نجيم . وتكملة الكتاب (الجزء الثامن) للعلامة محمد بن حسين بن على الشهير بالطورى. الطبعة الأولى بالمطبعة العلمية سنة ١٣١١ هـ.

منحة الخالق على البحر الرائق :

للسيد محمد أمين الشهير بابن عابدين . مطبوعة على هامش البحر الرائق المتقدم .

جامع الفصولين :

تأليف شيخ الاسلام محمود بن اسرائيل الشهير بابن قاضي سماونة . الطبعة الاولى بالمطبعة الاميرية بمصر سنة ١٣٠٠ هـ .

فتح القدير للعاجز الفقير :

تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٨٦١ هـ . الطبعة الاولى بالمطبعة الاميرية بمصر سنة ١٣١٥ هـ .

نتائج الافكار في كشف الرموز والأسرار :

للمولى شمس الدين احمد المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ .

مطبوع مع فتح القدير المتقدم (وهو يكمله من باب الوكالة في الجزء السادس) .

شرح العناية على الهداية :

للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ هـ . مطبوع على هامش فتح القدير .

حاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدى جلبي وبسعدى افندى المتوفى سنة ٩٤٥ هـ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية .

مطبوع مع شرح العناية المتقدم على هامش فتح القدير .

رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار :

تأليف السيد محمد أمين الشهير بابن عابدين . المطبعة العثمانية بالقسطنطينية سنة ١٣٢٤ هـ .

الدر المختار شرح تنوير الأبصار :

تأليف الشيخ محمد علاء الدين الحصكفي . مطبوع على هامش رد المحتار لابن عابدين .

مجمع الأنهر شرح ملتقى الابحر :

تأليف العلامة عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده

المتوفى سنة ١٠٧٨ ﻫ .المطبعة العثمانية بالقسطنطينية.

الدر المنتقى فى شرح الملتقى :

تأليف الشيخ محمد علاء الدين الحصكفى . مطبوع على هامش مجمع الأنهر

درر الحكام فى شرح غرر الأحكام :

تأليف العلامة محمد بن فرامرز بن على الشهير بمنلا خسرو.

حاشية العلامة أبى الاخلاص الشيخ حسن بن عمار بن على الوفائى الشرنبلالى.

مطبوع على هامش درر الحكام السابق .

تجديد المسرات بالقسم بين الزوجات :

وهى الرسالة السادسة عشرة من مجموعة رسائل الشيخ حسن الشرنبلالى المسماة بالتحقيقات القدسية والنفحات الرحمانية الحسينية فى مذهب السادة الحنفية .

كشف المعضل فيمن عضل :

وهى الرسالة الثامنة عشرة من المجموعة السالفة الذكر . والمجموعة خطية فى مجلد واحد موجود بدار الكتب الملكية المصرية ومقيد بها برقم ٥٢ فقه حنفى م .

الفتاوى الأنقروية :

لمحمد بن الحسين المتوفى سنة ٧٤٥ ﻫ . مطبعة بولاق سنة ١٢٨١ ﻫ .

الفتاوى العالمكيرية المعروفة بالفتاوى الهندية :

ألفها جماعة من علماء الهند برئاسة العلامة الشيخ نظام وذلك بأمر السلطان أبى المظفر محي الدين محمد أورنك زيب بهادر عالمكير . المطبعة الأميرية بمصر .

العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية :

تأليف الشيخ الامام العلامة السيد محمد أمين الشهير بابن عابدين . الطبعة الثانية — المطبعة الأميرية بمصر سنة ١٣٠٠ ﻫ .

الفتاوى الطرسوسية أو أنفع الوسائل إلى تحرير المسائل :
تأليف الامام العلامة قاضى القضاة نجم الدين ابراهيم بن على بن أحمد ابن عبد الصمد الطرسوسى المتوفى سنة ٧٥٨ هـ . مطبعة الشرق بمصر سنة ١٣٤٤ هـ .

الفتاوى المهدية فى الوقائع المصرية :
لشيخ الاسلام محمد العباسى المهدى . الطبعة الأولى بالمطبعة الأزهرية المصرية سنة ١٣٠١ هـ .

مجمع الضمانات فى مذهب الامام الأعظم أبى حنيفة النعمان :
تأليف العلامة أبى محمد بن غانم بن محمد البغدادى . الطبعة الأولى المطبعة الخيرية بمصر سنة ١٣٠٨ هـ .

معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام :
للشيخ الامام علاء الدين أبى الحسن على بن خليل الطرابلسى الحنفى . المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣١٠ هـ .

لسان الحكام فى معرفة الأحكام :
تأليف الشيخ أبى الوليد ابراهيم بن محمد المعروف بابن الشحنة الحنفى . مطبوع على هامش معين الأحكام .

مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الانسان :
تأليف محمد قدرى باشا .

الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية :
تأليف محمد قدرى باشا .

شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية :
تأليف الأستاذ الشيخ محمد زيد الابيانى بك . الطبعة الرابعة سنة ١٣٤٢ — سنة ١٩٢٤ بالقاهرة .

خلاصة الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية :
تأليف الأستاذ الشيخ محمد سلامه بك . الطبعة الثانية سنة ١٣٤١ هـ —

سنة ١٩٢٣ م مطبعة النهضة بمصر .

أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية :

للاستاذ الشيخ أحمد ابراهيم ابراهيم بك . مطبعة الفتوح الأدبية بمصر سنة ١٣٤٣ هـ — سنة ١٩٢٥ م .

٣ — فى فقه المالكية :

المدونة الكبرى :

للامام مالك بن أنس الأصبحى رواية الامام سحنون بن سعيد التنوخى عن الامام عبد الرحمن بن القاسم عنه — الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية بمصر سنة ١٣٢٤ هـ .

المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات :

تأليف الامام أبى الوليد محمد بن أحمد بن رشد المتوفى سنة ٥٢٠ هـ . مطبوعة مع المدونة الكبرى .

مواهب الجليل لشرح مختصر أبى الضياء سيدى خليل :

تأليف أبى عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربى الأصل المكى المولد الرعينى المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤ هـ . الطبعة الأولى مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٨ هـ .

التاج والاكليل لمختصر خليل :

تأليف أبى عبد الله سيدى محمد ابن يوسف بن أبى القاسم العبدرى الشهير بالمواق المتوفى سنة ٨٩٧ هـ . مطبوع على هامش مواهب الجليل السابق .

شرح الشيخ أبى عبد الله محمد الخرشى على مختصر العلامة أبى الضياء سيدى خليل :

طبع مصر .

حاشية الشيخ على العدوى :

مطبوعة على هامش الشرح المتقدم .

شرح سيدى عبد الباقى الزرقانى على مختصر الامام أبى الضياء سيدى خليل :
الطبعة الثانية بالمطبعة الأميرية بمصر سنة ١٣٠٣ هـ.

حاشية الشيخ محمد البنانى :
مطبوع على هامش شرح الزرقانى السابق .

شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل . وبهامشه الحاشية المسماة تسهيل منح الجليل :
تأليف الشيخ محمد عليش . طبع مصر .

فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب الامام مالك :
تأليف الأستاذ أبى عبد الله الشيخ محمد عليش . الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية سنة ١٣٠٠ هـ.

تحرير الكلام فى مسائل الالتزام : — للامام الحطاب .
مطبوع بالجزء الأول من فتاوى الشيخ عليش صفحة ١٥١ وما بعدها .

٤ — فى فقه الشافعية :

الأم :
تأليف الامام أبى عبد الله محمد بن إدريس الشافعى (رواية الربيع بن سليمان المرادى عنه). الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية بمصر سنة ١٣٢١ هـ.

مختصر الامام أبى إبراهيم اسماعيل بن يحيى المزنى الشافعى المتوفى سنة ٢٦٤ هـ:
مطبوع على هامش الأم .

نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج فى الفقه على مذهب الامام الشافعى :
تأليف العلامة شمس الدين محمد ابن الامام العارف بالله تعالى شهاب الدين أحمد الرملى . المطبعة المصرية سنة ١٣٠٤ هـ.

حاشيتا العلامة أبى الضياء الشيخ على الشبراملسى والعلامة الرشيدى :
مطبوعتان على هامش الكتاب السابق .

حاشية الشيخ سليمان البيجرمى المسماة بتحفة الحبيب على شرح الخطيب. طبع مصر.

شرح الخطيب المسمى بالاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع:
تأليف العلامة الشيخ محمد الشربينى الخطيب. مطبوع على هامش الكتاب السابق.

٥ — فى فقه الحنابلة:

كشاف القناع على متن الأقناع:
تأليف العلامة الشيخ منصور بن إدريس الحنبلى. الطبعة الأولى بالمطبعة العامرة الشرقية سنة ١٣١٩ هـ.

شرح المنتهى:
تأليف الشيخ منصور بن يونس البهوتى الحنبلى. مطبوع على هامش كشاف القناع.

مجموعة فتاوى شيخ الاسلام أحمد بن تيمية الحرانى المتوفى سنة ٧٢٨ هـ:
مطبعة كردستان العلمية بمصر سنة ١٣٢٨ هـ.

إقامة الدليل على إبطال التحليل:
تأليف الامام شيخ الاسلام أحمد بن تيمية الحرانى.
مطبوع مع الجزء الثالث من فتاوى ابن تيمية.

الاختيارات العلمية فى اختيارات شيخ الاسلام ابن تيمية:
رتبه على ترتيب الأبواب الفقهية الشيخ الامام علاء الدين أبو الحسن على بن محمد بن عباس البعلى الدمشقى. مطبوع مع الجزء الرابع من فتاوى ابن تيمية.

اعلام الموقعين عن رب العالمين:
للشيخ الامام العلامة شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أبى بكر أيوب الزرعى المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ. المطبعة المنيرية بالقاهرة.

٦ — فى فقه المذاهب الأخرى:

المحلى (فى فقه الظاهرية):
تأليف الامام أبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦ﻫ إدارة الطباعة المنيرية بالقاهرة.

المنتزع المختار من الغيث المدرار المفتح لكمائم الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار (فقه الزيدية):
تأليف العلامة أبو الحسن عبد الله بن مفتاح. مطبعة المعاهد بمصر سنة ١٣٤٠ ﻫ.

ﻫ — كتب ورسائل أخرى:

إحياء علوم الدين:
للامام حجة الاسلام أبى حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالى. طبع مصر (عيسى البابى الحلبى وشركاه) سنة ١٣٤٨ ﻫ.

الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية:
تأليف العلامة شمس الدين أبى عبد الله محمد بن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ ﻫ. مطبعة الآداب والمؤيد بمصر سنة ١٣١٧ ﻫ.

تاريخ التشريع الاسلامى:
تأليف الشيخ محمد الخضرى بك الطبعة الرابعة مطبعة الاستقامة سنة ١٣٣٥ ﻫ.

الدية فى الشريعة الاسلامية وتطبيقها فى قوانين وعادات مصر الحديثة:
تأليف الدكتور على صادق أبو هيف الطبعة الأولى سنة ١٩٣٢ ﻫ.

نظام النفقات فى الشريعة الاسلامية:
تأليف الأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم ابراهيم بك. المطبعة السلفية سنة ١٣٤٩ ﻫ.

القول الجامع فى الطلاق البدعى والمتتابع :
تأليف الشيخ محمد بخيت المطبعة الخيرية بمصر سنة ١٣٢٠ هـ.
رفع الأغلاق عن مشروع الزواج والطلاق :
تأليف الشيخ محمد بخيت المطيعى.المطبعة السلفية بالقاهرة سنة ١٣٤٦هـ.
مذكرة بالرد على مشروع القانون الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية :
للمشايخ محمود الدينارى ومحمد العنانى وحسن البيومى من علماء الأزهر.
مطبعة التضامن الأخوى بمصر.
الزواج والطلاق المدنى فى القرآن :
تأليف الشيخ محمد أبو زيد. الطبعة الأولى سنة ١٣٤٦ هـ. مطبعة التقدم الحديثة بمصر.
نداء للجنس اللطيف — فى حقوق النساء فى الاسلام :
تأليف السيد محمد رشيد رضا. مطبعة المنار بمصر سنة ١٣٥١ هـ.
الشيعة والمنار :
ملحق الجزء السابع من مجلة العرفان سنة ١٣٢٨ هـ. المطبعة العصرية بيروت.
مجلة الأحكام العدلية :
المصالح المرسلة :
رسالة للامام نجم الدين الطوفى الحنبلى بتعليقات للشيخ جمال الدين القاسمى. نشرت بمجلة المنار المجلد التاسع.

و — مقالات ومذكرات:

وجوب وضع قانون شرعى غير مقيد بمذهب معين :
للأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم بك. مجلة كلية الحقوق السنة الأولى العدد الأول الصفحة الأولى وما بعدها.
الزواج المدنى والزواج الدينى فى نظر الشريعة الاسلامية :
مقال للأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم بك. مجلة كلية الحقوق السنة الثانية

العدد الأول صفحة ٦ وما بعدها .

مدى استعمال الحق وما يتقيد به فى الشريعة الاسلامية :

مقال لفضيلة الشيخ أحمد ابراهيم ابراهيم بك . مجلة كلية الحقوق السنة الثانية العدد الثالث الصفحة الثالثة وما بعدها .

تعويض الزوجة عن الاخلال بوعد الزواج :

للأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم بك . الجريدة القضائية السنة الأولى العدد الرابع صفحة ٢و٣ .

الهدايا قبل الزواج أيضا :

للأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم بك . الجريدة القضائية السنة الأولى العدد السابع الصفحة الأولى وما بعدها .

المخطوبة التى يهجرها الخاطب — الفقه الاسلامى ونظرية التعويض :

لأحمد محمد الأزهرى المحامى . الجريدة القضائية السنة الأولى العدد ١١ صفحة ١و٢ .

هل يدفع الخاطب تعويضا لمخطوبته إذا أخل بوعد الخطبة ؟

فتوى شرعية للشيخ محمد بخيت المطيعى مجلة المحاماة الشرعية السنة الثانية صفحة ٤٤ .

حكمان أهليان فى مسألتين شرعيتين :

لمحمد لطفى جمعه المحامى . مجلة المحاماة الشرعية السنة الأولى صفحة ٥٧١ .

التزام التبرعات :

للأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم بك . بمجلة القانون والاقتصاد بالمجلدين الثانى والثالث .

إبطال نكاح التحليل :

لأحد علماء مدرسة القضاء الشرعى . مجلة القضاء الشرعى السنة الأولى صفحة ١٠٠ وما بعدها .

حكم المحلل :

فتوى شرعية لفضيلة الشيخ طه حبيب . مجلة نور الاسلام المجلد الرابع صفحة ٥٥٨ — ٥٦٠ .

حول الاشكال فى تنفيذ طاعة الزوج يضرب ويؤذى :

مقال بمجلة القضاء الشرعي السنة الأولى صفحة ٣٦٧ بإمضاء (زفر).

ضرب الزوجة:

للأستاذ أحمد أمين . مجلة القضاء الشرعى السنة الأولى صفحة ٤٥٧

بحث وملاحظة (وهو مقال فى الموضوع السابق) :

للشيخ محمود عرنوس . مجلة القضاء الشرعى السنة الأولى صفحة ٥٢٢ .

حول بحث ضرب المرأة وإيذائها :

مقال بمجلة القضاء الشرعى السنة الأولى صفحة ٥٢٧ بامضاء « أبو يوسف » .

ضرب الزوجة :

للشيخ محمد سليمان . مجلة القضاء الشرعى السنة الأولى صفحة ٥٥٧ .

حول الاشكال فى تنفيذ طاعة الزوج يضرب ويؤذى :

مقال بمجلة القضاء الشرعى السنة الأولى صفحة ٥٩٩ بامضاء « زفر » . وملحق للمقال بصفحة ٦٧٠ من نفس المجلة .

حكم مسكن الطاعة — (حبس الزوج زوجته . مضارتها)

فتوى شرعية فى ١٨ أغسطس سنة ١٩٢٩ (للشيخ عبد المجيد سليم) مجلة المحاماة الشرعية السنة الأولى صفحة ٣٦ .

الطلاق فى الاسلام :

بقلم مستبصر لخير الأمة . مجلة الأحكام الشرعية السنة الأولى صفحة ٥١ وما بعدها وصفحة ٧٨ وما بعدها .

الطلاق فى الاسلام :

بقلم حسن الشمسى . بمجلة الأحكام الشرعية السنة الأولى صفحة ١٢٥

وما بعدها وصفحة ١٤٩ وما بعدها .

الطلاق الثلاث :

للشيخ محمد عبد العزيز الخولى . مجله القضاء الشرعى السنة الرابعة عدد ٤و٥ صفحة ١٨١ وما بعدها .

التطليق ثلاثا بلفظ واحد (إجتهاد عمر) :

لعالم من علماء مدرسة القضاء الشرعى . مجلة القضاء الشرعى السنة الأولى عدد ٢ صفحة ٥٠ وما بعدها .

الطلاق الثلاث :

بقلم ط . ر . مجلة المحاماة الشرعية السنة الأولى صفحة ٤٧١ وما بعدها

حول فتوى الطلاق الثلاث :

لعبد الرحمن الجمجمونى . مجلة المحاماة الشرعية السنة الأولى صفحة ٦٨١ وما بعدها وصفحة ٨٦٥ وما بعدها .

تعويض المرأة بسبب الطلاق :

لعبد الله صيام . مجلة المحاماة الشرعية السنة الثانية صفحة ٦٠١ وما بعدها .

مشروع القانون الجديد الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية :

للاستاذ أحمد ابراهيم بك . مجلة كلية الحقوق السنة الثانية العدد الرابع الصفحة الثالثة وما بعدها .

مشروع الزواج والطلاق :

للشيخ محمد عبد العزيز الخولى والشيخ محمد أحمد العدوى . مجلة القضاء الشرعى :

السنة الرابعة — صفحة ٣٢٧ و ٣٩٢ وما بعدهما .

السنة الخامسة — صفحة ٢و ٧٤ و ١٣٠ وما بعدها .

مذكرات لجنة الحقانية عن مشروع القانون الذى صدر برقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية :

(غير مطبوعة) .

مذكرة الشيخين محمد أبى الفضل وعبد الرحمن قراعة :
عن المشروع السالف الذكر (غير مطبوعة) .
مذكرة فضيلة الشيخ محمد مصطفى المراغى :
عن المشروع السالف الذكر أيضاً (غير مطبوعة).

ثانيا : مؤلفات فى غير الشريعة الاسلامية :

المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائى فى مصر :
تأليف عبد الحميد أبوهيف بك . الطبعة الثانية مطبعة الاعتماد بمصر سنة ١٩٢١ .
الوجيز فى المرافعات المصرية :
تأليف عبد الفتاح السيد بك . مطبعة النهضة بمصر سنة ١٩٢١ .
شرح لائحة الاجراءات الشرعية والقوانين واللوائح المرتبطة بها :
تأليف أحمد قمحة بك . وعبدالفتاح السيدبك طبع القاهرة سنة ١٩٢٣.
قواعد المرافعات فى القانونين الأهلى والمختلط :
تأليف محمد العشماوى بك . مطبعة الاعتماد بمصر سنة ١٩٢٨ .
القانون الدولى الخاص فى أوروبا وفى مصر :
تأليف عبد الحيد أبو هيف بك . مطبعة الاعتماد بمصر سنة ١٩٢٤ .
المجموع الصفوى :
وهو مجموعة قوانين الكنيسة القبطية الأرثوذكسية . جمعها العلامة القبطى الشيخ الصفى أبو الفضائل ابن العسال. طبع مصر سنة ١٦٢٤ قبطية .
قانون الزواج والطلاق الايرانى الذى عمـــل به ابتداء من ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٣١ .
(وقد أرسلت ترجمته من وزارة الحقانية المصرية إلى المحاكم الشرعية بتاريخ ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣١) .

ثالثاً : مجموعات دورية :

المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية .

مجلة الاستقلال .

مجلة الشرائع .

مجلة المنار .

مجلة الأحكام الشرعية .

مجلة القضاء الشرعى .

مجلة المحاماة الشرعية .

مجلة نور الاسلام .

مجلة المحاماة .

مجلة كلية الحقوق .

الجريدة القضائية .

مجلة القانون والاقتصاد .

damages for breach of promise of marriage. Journal of Comparative Legislation and International. Law. Third series. vol XI. 1929. P. 68-74.

Norès (Ed.) et Pommereau (H.)

Etude sur le don Moutâa ou don de consolation. Revue Algérienne 1918 lière partie P. 1 et suiv.

Ripert (G.)

Abus ou relativité des droits. Revue Critique de Législation et de Jurisprudence. 1929 P 33 et suiv.

Victor Almquist :

Projet de loi Suédoise sur la stérilisation de certains individus. (Recueil de documents en matière pénale et pénitentiaire (volume 1. p 83 et suiv.

Vizioz (H.)

De la sanction des abus et fautes commis dans l'exercice des voies de droit civiles.

(Supplément de l'Egypte Judiciaire N.65. 21 Janv. 1934.)

III—Recueils de Jurisprudence.

Dalloz Périodique

Recueil Sirey

Revue Algérienne, Tunisienne et Marocaine de Législation et de Jurisprudence.

Jurisprudence des Tribunaux de la Réforme en Egypte (Recueil Officiel).

Bulletin de Législation et de Jurisprudence Egyptiennes.

Gazette des Tribunaux Mixtes d'Egypte.

ournal des Tribunaux Mixtes.

L'Egypte Judiciaire.

Planiol (M) et Ripert (G.)
Traité élémentaire de droit civil. 10ème et 11ème éditions.

Planiol (M.) et Ripert (G.)
Traité Pratique de Droit Civil Français.

Projet de Code des Obligations et des Contrats. (Projet Franco-Italien). Roma 1928.

Ripert (Georges)
La règle morale dans les obligations civiles. 2ème éd. Paris 1927.

Sautayra et Cherbonneau Eug :
Droit Musulman: du Statut Personnel et des Successions. Paris 1873.

Walton (F. P.)
The Egptian Law of Obligations. London 1923.

II—Articles ; Rapports.

August Goll
Loi Danoise du 1ier juin 1929 sur la stérilisation. (Recueil de documents en matière pénale et pénitentiaire). volume I p 175 et suiv.

Hartvig Nissen
projet de loi Norvégienne sur la stérilisation. (Recueil de documents en matière pénale et pénitentiaire). volume II p. 188 et suiv.

Josserand (L.)
Le problème juridique de la rupture des fiançailles. Dalloz Hebdomadaire 1927 p 21 et suiv.

Josserand (L.)
A propos de la relativité des droits. Revue Critique de Législation et de Jurisprudence. 1929 p. 277 et suiv.

Kaouchansky (D. M.)
La promesse de mariage en droit comparé. Revue Critique de Législation et de Jurisprudence 1932 P. 30 et suiv.

Lapie (P. O.)
The present State of French Case-Law with regard to

Duguit (L)
Traité de Droit Constitutionnel. 3ième éd. tome I.
Duguit (L)
Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon. 2ème éd. Paris 1920.
Eversley's Law of the Domestic Relations. 4th. edition. By : Alexander Cairns. London 1926.
Fathy (Mahmoud) :
La Doctrine Musulmane de l'Abus des Droits. Lyon 1913.
Halsbury (Earl of)
The Laws of England. vol. XVI Husband and Wife. London 1911.
Hults (E. de)
Eléments d'un Répertoire Alphabétique de Droit Civil Egyptien. Chambéry 1910.
Josserand (L.)
De L'esprit des droits et de leur relativité. (Théorie dite de l'Abus des Droits). Paris 1927.
Josserand (L.)
Cours de droit civil positif français. 1930.
Lalou (H.)
La responsabilité Civile. Paris 1932.
Lévy (Emmanuel)
La vision socialiste du droit. Paris 1926.
Mazeaud (H. et L.)
Traité théorique et pratique de la responsabilité civile. 2ième édition Paris 1934.
Messina (Salvatore)
Traité de Droit Civil Egyptien Mixte.
Morand (Marcel)
Etudes de droit Musulman Algérien. Alger. 1910.
Morand (Marcel)
Avant — Projet de Code de Droit Musulman Algérien, Alger. 1916.
Palagi (Dario)
Le Code Civil mixte. Alexandrie 1930.

٢ — باللغتين الفرنسية والانجليزية

I – Traités; brochures.

Le Koran.

Traduction faite sur le texte Arabe. P. M. Kasimirski 2 volumes.

Abd El-Fattah El-Sayed Bey.

De l'étendue des droits de la femme dans le mariage musulman et particùlièrement en Egypte. Dijon 1923.

Adrien Cance.

Le Code de Droit Canonique. 4ième éd. Paris 930.

Bestawros (G.)

Code Civil Egyptien Mixte Annoté. Paris 929 et 93

Bonnecase (Julien)

Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de Baudry—Lacantinerie. t. III Paris 1926.

Campion (L.)

La Théorie de l'Abus des Droits. Bruxelles et Paris 1925.

Clavel (Eug.)

Droit Musulman : Du Statut Personnel et des Successions. Paris 1895.

Codificazione Canonica Orientale (Copto-Egizi).

Colin (A) et Capitant (H)

Cours élémentaire de droit civil français. 4ème édition.

Demey (Julien)

La notion actuelle du devoir conjugal et le but du mariage devant les tribunaux civils et les officialités. Paris 1931.

Demogue (R)

Traité des obligations en général. Paris 1923—1933.

تنبيه

أشرنا الى المراجع بهوامش الكتاب باختصار . ولما كان بعض ما أشير به قد يلتبس على القارىء ، فقد رأينا أن نثبت هنا بعض هذه الاشارات مع اسماء المؤلفات التى تدل عليها ، وذلك تسهيلا للرجوع اليها عند الحاجة :

ابن عابدين	:	رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين
احمد ابراهيم بك	:	أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية للاستاذ احمد ابراهيم بك
البدائع	:	بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى
البيضاوى	:	أنوار التنزيل وأسرار التأويل
الألوسى	:	روح المعانى فى تفسير القرآن العظيم والسبع المثانى
الزيلعى	:	تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق
الطبرى	:	جامع البيان فى تفسير القرآن
تفسير المنار	:	تفسير القرآن الحكيم للشيخ محمد رشيد رضا
مذكرة علماء الأزهر	:	مذكرة المشايخ محمود الدينارى ومحمد العنانى وحسن البيومى بالرد على مشروع القانون الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية .

أما باقى المراجع فالأشارة اليها واضحة الدلالة عليها .

فهرس الكتاب

مقــــدمة

فى مدى استعمال الحق وما يتقيد به فى القوانين الوضعية الحديثة وفى الشريعة الإسلامية

صفحة

البـــاب الأول

فى الخطبة

صفحة

الباب الثانى

فى الحقوق المتعلقة بالزواج فى ذاته

الباب الثالث

فى الحقوق المترتبة على عقد الزواج

صفحة

صفحة

الفصل الثالث :

الباب الرابع

فى الفرقة بين الزوجين

الباب الخامس

فى جزاء الإساءة فى استعمال الحق

تنبيـــه

وقعت بعض أخطاء أثناء الطبع لا تخفى على القارئ، وفيما يلى بيان أهمها والصواب فيه.

صفحة	سطر	خطأ	صواب	صفحة	سطر	خطأ	صواب
ل	١	ترزقكم واياهم	يرزقهم وإياكم	١٧٧	٥ بالهامش	وللرجل	وللرجال
٨	١ بالهامش	مازو جـ ٢	مازو جـ ١	١٧٨	١	ياتين	يأتين
٤٣	٤	بجعلها	يجعلها	١٧٨	٣	لأ	لا
٤٣	١٠	نظريتها	نظيرتها	٢٠٦	٤ بالهامش	تاذا	فاذا
٤٣	١٣	الشرع	الصحيح	٢١٠	١٧ بالهامش	بنفقة الموسرين	بنفقة المعسرين
٨٦	٢٥	الرى	الرأى				
١٠٧	٥ بالهامش	٦٥	١٦٥	٢١٢	٥ بالهامش	تؤمن	تؤمر
١٠٩	٤	بعد	يعدل	٢٢٣	١ بالهامش	ويراجع	ويرجع
١٢٩	١ بالهامش	المحلى جـ ١	المحلى جـ ٢٠	٢٢٤	١٢	لرغبة	لا لرغبة
١٤٠	١ بالهامش	٣٣	٢٣	٢٥٣	١٨	أنها	مع أنها


Bibliotheca Alexandrina
02445851